

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تخصص : قانون خاص أساسي

الموسومة :

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و إنحلاله

تحت إشراف الدكتور :

سلايم عبد الله

من إعداد الطالب :

شمروك محمد

لجنة المناقشة:

- د/ بلبنة محمد _____ رئيسا

- د/ فرحات حمو _____ مقرا

- د/ سلايم عبد الله _____ مشرفا

السنة الجامعية: 2017-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقَدْ عَلِمْنَا

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

الإهداء

- إلى خالتي عزوجل الذي أمدني بتوفيقه و عونه.
- إلى أستاذي الدكتور سلام عبد الله الذي لم يبخل علي بتوجيهاته السديدة.
- إلى والدي الكرام ، و عائلتي و زملائي.
- إلى كل من علمني النجاح و الصبر.
- إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع ، سائلا من الله عزوجل أن يجعله مكللا بالنجاح.

- آمين يا رب العالمين -

شكر و عرفان

بسم الله نحمده و نشكره على هدايتنا و توفيقنا و بعد: يسعدني أن أتقدم بالشكر الخالص إلى :

-الدكتور سلايم عبد الله ، الذي له قدم السّبق في ركب العلم و التّعليم، و بذل و لم ينتظر عطاء، فأليك يا صاحب التميّز و الأفكار النيّرة، أزكى التحيّات و أنداها و أطيبها.

- أساتذة و مستخدمي كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.

- كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر المسبق لأعضاء لجنة المناقشة الذين سيقومون بمناقشة هذا العمل المتواضع راجيا من الله عزوجل أن أكون عند حسن ظنهم من حيث الإمام بمعطيات الموضوع.

مقدمة

إن القانون ليس مجرد شكل يصاغ إنما هو تعبير عن الواقع الاجتماعي و الإنساني، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية و التي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع و هذه القاعدة.

و القواعد القانونية نوعان منها الجامدة و هي تلك التي لا تقبل التغير و لا التطور و لا الإنتقال من حال إلى حال، و منها المرنة و هي التي يضعها المشرع هاديا للقاضي يسترشد بها فيما يعرض عليه من القضايا و لا يتقيد فيها بل واحد بل تتغير الحلول و تتفاوت بتغير الظروف و تفاوت الملابسات، فالقاضي و إن كان ليس مشرعا إلا أن له من سلطان التقدير ما يسير له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطورا مستمرا و يواجه بها ما يتغير من ملابسات و أحوال، فهو يفصل في المنازعات بما يتفق و صحيح القانون دون أن تصل هذه الحرية إلى حد وضع نصوص القوانين لأن هذا من صميم إختصاص المشرع وحده، فالقاضي حينما يصدر أحكامه فإنها تصدر منه وفقا لسلطته القضائية و معنى ذلك أنه لا يقوم بعمل المشرع فهو لا يضع قاعدة قانونية جديدة و إنما يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة و هو بهذا النشاط يرمى إلى تحقيق غاية العمل القضائي و هي المصلحة العامة و إلى إزالة التجهيل الذي أحاط بالقاعدة القانونية و ما تنظمه من مراكز قانونية.

كما أنه لا بد من الإشارة إلى أن القاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، و إنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها و على الأثر القانوني الذي تنظمه، ففي كل الحالات التي يكون فيها للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه فإننا نكون بصدده ما يسمى السلطة التقديرية، و تتعدم هذه الأخيرة في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره.

مقدمة

و على الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي حيث إعترف كل من المشرع و الفقه و القضاء بذلك، إلا أنه و رغم هذا الواقع هناك إتجاه فقهي و قضائي حديث يدعو إلى الحد من إستعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، لأن سلطة هذا الأخير أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية و إنما هي سلطة مقيدة بغاية العمل القضائي، كما أن إباحة إستعمال هذه السلطة التقديرية سيؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام، و عدم الإستقرار في العمل القضائي و يفسح المجال واسعاً لتحكم القضاة مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل.

و قد رد أصحاب الإتجاه الذي يقر بالسلطة التقديرية للقاضي بأن الشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها و أصبحت تشكل عبئاً على العدالة التي يجب أن تأسس على عدالة موضوعية مناطها الضرورات، و ليس مجرد عدالة شكلية، و هذا يحتم على القضاة أن يقوموا بتحقيق نوع من الموائمة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع، بما يحقق الخير العام للجماعة.

فالسلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أياً كان موضوع المنازعة، فهذه السلطة عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون و من ثم تعد من صميم عمله، و من الصعوبة بما كان أن نجد تعريفاً واضحاً دقيقاً لهذه السلطة لأنها لا تقوم على أساس موضوعي فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاض إلى آخر فحسب، بل أنها قد تختلف لدى نفس القاضي بإختلاف الظروف و الأزمنة و كل ما يمكن قوله أن السلطة التقديرية مكنة لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

و ما دامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أياً كان موضوع المنازعة كما أشرنا، فإننا إرتأينا تخصيص دراستنا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة و ذلك لعدة إعتبارات، منها عظم شأن هذا الفرع من فروع القانون و إتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع، فقد يستغني الفرد عن قانون العقوبات أو قانون الجمارك مثلاً طيلة حياته، إلا أنه لا يمكن له الإستغناء عن قانون الأسرة و الخضوع لأحكامه، فكل فرد في المجتمع هو أب أو أم

مقدمة

أو زوج و إن لم يكن كذلك فهو لا محالة إبن، فهذا القانون ينظم العلاقات الداخلية للأسرة و يرتب الحقوق و الواجبات لأفرادها و يمس بجوهر الحياة الخاصة.

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية و الإجتماعية و الدينية، و بالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب إجتماعي كبير بإعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

و ما تجدر الإشارة إليه أن قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم نصوصه مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب بإختلاف الظروف و الملابسات، فقد فتحت الباب واسعا أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية و إيجاد العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض إستقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها.

و قد إقتصرننا في دراستنا على معالجة دور القاضي في مسائل الزواج و إنحلاله دون غيرها من المسائل نظرا لأهمية هذا الموضوع، إضافة إلى أن معالجة السلطة التقديرية للقاضي في كل ما ورد في قانون الأسرة يحتاج إلى مجلدات، و حتى مسائل الزواج و انحلاله فقد تطرقنا إلى النقاط التي تبين لنا أن لسلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها و قد حاولنا أن نبين السبل التي يعتمد عليها القضاة في معالجة هذه النقاط و كيفية إعمالهم لسلطتهم التقديرية في ذلك بإعتمادنا على ما ذهب إليه المحكمة العليا في قراراتها و كذا ما ذهب إليه فقهاء القانون و فقهاء الشريعة الإسلامية.

و أمام هذه المعطيات يمكننا طرح الإشكال على النحو التالي :

كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسائل الزواج و إنحلاله ؟ و ما هي السبل التي يعتمد عليها في ذلك ؟.

مقدمة

و تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية إتباع الخطة الآتي ذكرها :

و للإمام بجميع جوانب هذا الموضوع قسمناه إلى فصلين رئيسيين: خصصت الفصل الأول للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية و إنحلالها من خلال تقسيمه إلى مبحثين.

المبحث الأول تطرقت فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية و ذلك من خلال بيان مجال تدخل القاضي في الخطبة و تحديد سن الزواج و سلطة القاضي في الإعفاء منه و تعدد الزوجات و سلطة القاضي في الترخيص به.

أما المبحث الثاني تناولت فيه السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية من خلال إبراز دور القاضي في الصلح و التحكيم و سلطته في تقدير حالات التطليق و تقدير القاضي للطلاق التعسفي و النشوز.

و قد خصصنا الفصل الثاني للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية و انحلالها و قسم بدوره إلى مبحثين.

تطرقت في المبحث الأول للسلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج و إنحلاله من خلال الآثار المالية الناتجة عن الزواج و تقدير القاضي لها و الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج و تقدير القاضي لها و مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.

أما المبحث الثاني خصصته للسلطة التقديرية للقاضي في النسب و الحضانة و ذلك من خلال تقديره لثبوت النسب و نفيه و مجال تدخله في الحضانة.

الفصل الأول : السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية و إنحلالها

عالج المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج و الطلاق في قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر بتاريخ 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و قد إستمد جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية مراعيًا في ذلك مستجدات العصر و تطور المجتمع، و حدد أحكاما و شروطا في عقد الزواج لابد من توافرها في المقدمين عليه، و خصه بمقدمات تتفق مع عظمته و قداسته.

كما نظم المشرع طرق فك الرابطة الزوجية في حالة عدم إستقرارها وخصها بإجراءات عديدة فمنح حق الطلاق للرجل بالإرادة المنفردة كما أعطى للمرأة الحق في طلب التطلاق و الخلع و منح لكل من تضرر من فك الرابطة الزوجية الحق في المطالبة بالتعويض.

و لضمان التقيد بأحكام هذا القانون جعل المشرع قاضي شؤون الأسرة رقيبًا و حارسًا أمينًا لضمان التقيد بمختلف نصوصه، لكن مهما بلغت حيطة المشرع و حسن صياغته فإنه سيظل عاجزًا عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، لذلك كانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي أن يواجه ظروف تطبيق القانون أي منح له سلطة تقديرية تيسر له جعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف و لتبيان دور القاضي في هذا المجال، إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول تطرقت فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية بينما تناولت في المبحث الثاني السلطة التقديرية للقاضي عند إنحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية :

يعرف عقد الزواج على أنه : "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات" (1).

(1) الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، طبعة 1971، الطبعة الثانية، ص 44.

و نظرا لخطورة عقد الزواج و أهميته في حياة الإنسان، نظمته المشرع الجزائري في قانون الأسرة و حدد أحكامه فأفرد الفصل الأول للخطبة و الزواج من الباب الأول منه- الزواج- من الكتاب الأول- الزواج و إنحلاله- من المادة 4 إلى المادة 21 منه.

و قد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالاً خصباً لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، و هذا ما سنحاول توضيحه في بعض النقاط التي نراها أساسية في إبراز هذه السلطة و تبيان دورها من خلال التعرض لسلطة القاضي في الخطبة، و في سن الزواج و سلطة القاضي في الإعفاء منه و في مسألة تعدد الزوجات و سلطة القاضي في الترخيص به.

المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة :

عقد الزواج هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية وهو عقد يبرم على أساس الدوام إلى نهاية الحياة ولهذا كانت مقدماته لها خطر وشأنه.

و قد عالج المشرع الجزائري موضوع الخطبة في المادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة، و تعرف الخطبة إصطلاحاً : أنها طلب رجل الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية و ذلك بأن يتقدم إليها أو إلى أهلها لطلب الزواج منها (1).

و قد إعتاد الناس منذ القدم في أعرافهم على سلوك طريق الخطبة كإجراء تمهيدي يسبق عقد الزواج، و العلة في ذلك هو إتاحة الفرصة للخطيبين حتى يكونا مستعدين بشكل كامل لهذا العقد الهام مادياً و معنوياً، و سنحاول تبيان مجال تدخل القاضي في هذه المسألة من خلال الفرعين التاليين (2) :

(1) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول "الزواج و الطلاق" طبعة سنة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، ص44.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البحث، الطبعة الأولى، سنة 1986، ص67.

الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة :

لما كان العدول عن الخطبة حق لكل طرف فإنه إذا وقع إنقضت الخطبة و لا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة و إبرام عقد الزواج دون إرادته و إنما يجوز للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به (1).

و لا شك في أن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرارا مادية و معنوية للطرف المعدول عنه، إذ قد تستمر الخطبة زمنا طويلا مما يؤدي إلى تقدم المخطوبة في السن فيسبب لها ذلك ضررا يتمثل في تفويت الفرصة للزواج من الخاطب المناسب، أو قد تكون موظفة أو تتابع دراستها فتقدم إستقالتها أو تتوقف عن الدراسة إستعداد للزواج ثم بعد ذلك يعدل الخاطب عن الخطبة، كما أنه قد يطلب من الخاطب إعداد منزل خاص في مدينة معينة و يكلفه ذلك مبالغ باهضة ثم يحدث العدول من المخطوبة و الأمثلة على ذلك كثيرة.

إضافة إلى أن مجرد العدول عن الخطبة يسبب أضرارا معنوية و لو من باب خدش الشعور و ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما قد يؤدي سمعة المعدول عنه و يعرضه لكثير من الشائعات و يفتح باب التأويلات و الظنون السيئة فيه (2)، و بالرجوع إلى نص المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الثانية نجد أنها نصت على أنه : " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص67.

(2) الدكتورة سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 09، سنة 2004، ص01.

و من خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض هل هو الضرر الناجم عن مجرد العدول أم هو الضرر الناجم عن تغيير أحد الطرفين؟

و هنا يبرز مجال إعمال القاضي لسلطته التقديرية لإيجاد الحل المناسب، و قد إنتهى القضاء في مصر إلى ثلاث مبادئ متعلقة بالتعويض على العدول عن الخطبة سردها الدكتور عبد الرزاق السنهوري و هي:

1/ أن الخطبة ليست بعقد ملزم.

2/ أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

3/ أنه إذا إقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض (1).

و أساس الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في إستعمال الحق و هذا ما أخذ به المالكية و الحنابلة (2)، و ليس مجرد العدول الذي هو حق للطرف العادل، فالقاضي يبحث عن سبب الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة فإذا كان هذا الضرر ناشئا عن مجرد الخطبة و العدول عنها فلا تعويض للطرف الذي يدعي الضرر، أما إذا كان سبب الضرر هو فعل أحد الطرفين فالقاضي يحكم بالتعويض، و ما عليه إلا أن يدقق بحثه في أسباب العدول و تقدير جديتها من عدمه.

و يبدو أن الإجتهد القضائي في الجزائر متفق مع ما إستقر عليه القضاء في مصر و هذا ما يستشف من خلال قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 جاء فيه "... من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون..." (3).

(1) الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص75.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة، بالجزائر، سنة 1992، ص27.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 56097، المجلة القضائية، سنة

و التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة يشمل التعويض عن الضرر المادي و المعنوي كما أشرنا، و الضرر المادي هو الذي يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت أو مصلحة مالية، لهذا فالقاضي لا يجد صعوبة في تقديره و التعويض عليه، أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب مصلحة غير مالية كالتشهير و تشويه السمعة هذا ما قد يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره و التعويض عليه (1).

و لتقدير قيمة التعويض يجب على القاضي أن يبحث أولاً عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأ يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، و في ذلك يرى جمهور الفقهاء أن المعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المألوف للشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف و أدى هذا الإنحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور و المعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي.

الفرع الثاني: سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة :

عالج المشرع الجزائري في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة من أحدهما فجاء نصها كما يلي: "...لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إذا كان العدول منه و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

من إستقراء هاتين الفقرتين يتبين أن المشرع الجزائري أباح للطرف المعدول عنه إسترجاع ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته أما الطرف العادل فليس له الحق في إسترجاع شيء، ولعل في هذا الحكم الكثير من الغموض مما يفتح المجال واسعاً لإعمال القاضي لسلطته التقديرية (2).

(1) الأستاذ محمد الشرفي، كيفية تقدير الضرر المعنوي، مجلة القضاء و التشريع، تونس، وزارة العدل، 1976، ص353.
(2) الدكتور السيد رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص35.

فعبارة - ما لم يستهلك- التي أوردها المشرع توحى بأن الطرف العادل إذا إستهلك الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية فإنه لا يردها لأنه لم يعد لها وجود و بالتالي فهي مستهلكة حسب ما جاء في النص القانوني- رد ما لم يستهلك - إلا إذا قصد المشرع من وراء ذلك عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها، كل هذا يجعل القاضي يبحث عن المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع من هذه العبارة و إستخلاص القصد السليم الذي يتماشى مع العقل و المنطق.

كما أن المشرع قد أغفل نقطة في غاية الأهمية ألا و هي حكم المتسبب في العدول عن الخطبة، فقد يدفع الخاطب هدايا ذات قيمة معتبرة و ربما حتى بطلب من المخطوبة و بعدها تلجأ إلى التحايل بأن تقوم بتصرفات لا ترضي خطيبها أو تتعمد الخصام فتدفعه إلى العدول عن الخطبة و في رأينا أنه يجب على القاضي قبل الحكم في مسألة كهذه أن يبحث عن المتسبب في العدول و عن الأسباب التي دفعت إليه، فإذا تبين له أن طرفا ما قد تسبب في العدول بأن غرر بالطرف الآخر، ما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا و لو أن العدول كان من الآخر، إذ من المتعارف عليه أن التغيرير يوجب الضمان في أحكام الشريعة الإسلامية، و قد أخذ المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة بهذا الحل في المادة الثامنة عشر من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بوضعه للمتسبب في العدول في حكم العادل.

و تبقى مسألة أخيرة شائعة الحدوث في كثير من ربوع الوطن و هي تقديم المهر للمخطوبة خلال فترة الخطوبة و قبل إبرام عقد الزواج فما هو الحل إذا تنازع الخاطب و المخطوبة عند العدول فيما قدمه هل هو مهر أم هدية؟ و هل بإمكان الرجل إسترداد ما قدمه؟ و ما هو الحل إذا إشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا؟

في التشريع المقارن نجد أن المشرع الإماراتي تناول هذه النقطة في المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية حيث إعتبر أنه من المهر الهدايا التي جرى العرف على إعتبرها مهرا و في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة أو وفاته يسترد الرجل المهر الذي أداءه عينا أو قيمته يوم القبض إن تعذر رده عينا و في حالة شراء المخطوبة بمقدار المهر أو ببعضه جهازا فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء (1).

أما المشرع الجزائري فقد أغفل هذه النقطة و هنا على القاضي أعمال سلطته التقديرية و الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية و ذلك اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة التي سمحت بالرجوع لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه، و في هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب و المخطوبة مدعيا و منكرا فأيهما أقام بينة على دعواه و أفنح القاضي حكم له وفقا لتقديره قوة حجته و بينته حسب الأدلة المقدمة (1).

من خلال ما تقدم لا يمكننا إلا أن نقول أن المشرع الجزائري رغم تطرقه لمقدمات الزواج في المادة 05 من قانون الأسرة إلا أنه لم يولها الاهتمام اللازم لذا وجب على القاضي بما له من سلطان التقدير أن يتحلى بالحكمة و حسن التدبير حسب ظروف كل قضية و حسب كل طرف من أطرافها و ما عليه إلا أن يعتمد على نص المادة 222 من قانون الأسرة و التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية و هذه الأخيرة لم تترك كبيرة و لا صغيرة إلا و عالجتها و رغم ذلك نرى أنه من الضروري تعديل نص المادة الخامسة من قانون الأسرة و هذا عملا على استقرار العمل القضائي و حتى لا يكون هناك تضارب في الأحكام القضائية نظرا لاختلاف الحلول التي وصلت إليها مختلف المذاهب الفقهية.

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه :

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بصفة عامة في القانون المدني أما أهلية الزواج فقد نظمها في نص المادة 07 من قانون الأسرة و التي جاء نصها كما يلي " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بنتمام تسعة عشر سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات" فهذا النص وضع شرطا جوهريا متمثلا في التأكد من قدرة الطرفين على الزواج و أعبائه إضافة إلى ترشيد القاصر فيما يخص الحقوق و الإلتزامات التي يرتبها عقد الزواج، حيث لا يخضع لأية وصاية في شؤون أحواله الشخصية.

و ما تجدر الإشارة إليه أن كل القوانين التي سبقت التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 سواء ما صدر منها خلال فترة الإحتلال أو بعد الإستقلال كلها حافظت على الإستثناء الذي يمكن من إبرام عقد الزواج قبل إكتمال السن القانوني المحدد في القانون الحالي 19 سنة (2).

(1) الدكتور السيد رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص35.

(2) المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

و أهلية الزواج من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حيث لا يمكن إبرام عقد الزواج بدون مراعاة السن القانوني و لو إرتضى الطرفان على ذلك قياسا على الأهلية بصفة عامة (1).

و تحدد فكرة النظام العام من قبل المشرع بناء على معتقدات المجتمع و عاداته و تقاليده لذلك منع المشرع الجزائري زواج الصغار و منح للقاضي سلطة تمكنه من تحديد سن الزواج في حالة وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي ذلك، و لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة نظرا لإختلاف ظروف و أحوال الناس مراعيًا بذلك عادات المجتمع، فخرج المشرع عن القاعدة العامة للسن المحدد للزواج هو خروج مقيد بتعليق الزواج دون السن المحددة على طلب إعفاء مسبق يقدم إلى القاضي المختص الذي يتعين عليه دراسة الطلب دراسة جدية و فحصه بعناية تامة تمكنه من معرفة ما إذا كان في هذا الزواج مصلحة للزوجين أو كانت هناك ضرورة، لذلك فقد جعل المشرع الجزائري القاضي رقيبًا على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية و جعل منه وليا غير مباشر لهم إن صح القول و أمينا على مصالحهم و مقدرًا عادلًا لظروفهم الخاصة و لما يواجههم من ضرورات و مصالح تخصهم هم أنفسهم (2).

و ما يؤخذ على نص المادة 07 من قانون الأسرة المذكور أعلاه أنها لم تحدد صراحة القاضي المختص بمنح الترخيص، و بالرجوع إلى ما هو معمول به على مستوى المحاكم وجدنا هذا الاختصاص موكل لقاضي شؤون الأسرة ضمن ما يعرف بالسلطة الولائية، و في هذا الصدد يقول الدكتور تشوار جيلالي في محاضراته التي ألقاها بمناسبة ملتقى حماية الطفولة "إن المنطق و المصلحة الفعلية للطفل يقضيان بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرابته و خبرته في هذا المجال إذ أنه يحتك يوميًا بالمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، خاصة مسألتى الزواج و الطلاق"، و تبدو هكذا أهمية هذا الاختصاص واضحة هنا إذ أن المسألة ليست فقط كما يعتقد البعض مسألة متصلة اتصالًا وثيقًا بالسلطات المخولة للقاضي بل أنها تثير مشكلة إجتماعية و أن حلها لا يتم إلا إذا كان المختص بفضها عالما و عارفا بكل المعطيات المتصلة بها مستعملا في ذلك خبرته الميدانية، أي أن يكون ملما بكل المعايير المحددة لمصلحة الشخص القاصر المقبل على الزواج و الذي يكون بحاجة ماسة لذلك الإذن" (3).

(1) عيسى حداد، الأهلية في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، الجزائر، العدد 09، ديسمبر 1996، ص 43.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 97.

(3) الدكتور تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، سنة 2000، ص 22.

النقطة الثانية التي يمكن ملاحظتها على نص المادة السابعة من قانون الأسرة المذكور أعلاه أن المشرع لم يحدد السن الأدنى في حالة الترخيص بزواج القاصر، و ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى حالة زواج الصغار لأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي عند إنتقاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و قد إختلف الفقهاء في مسألة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ، فذهب البعض منهم إلى منع زواج الصغار منعا مطلقا كعبد الرحمن ابن شبرمة و عثمان البتي و أبو بكر الأصم، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ، و لكل فريق أدلته و حججه، و هذا ما يجعل الإذن بالزواج يخضع لثقافة القاضي من الناحية الدينية دون قيد و لا شرط، و هذا عكس ما ذهب إليه المشرع السوري الذي حدد للقاضي السن الأدنى لمنح الترخيص في نص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت على أنه " إذا إدعى المراهق إكمال البلوغ بعد إكمال الخامسة عشر أو المراهقة الثالثة عشر، و طلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما و إحتمال جسميهما (1).

و في رأينا فمصلحة الأطراف و المجتمع تقتضي بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة نتأكد من خلالها على القدرة الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عليه الزواج و كذا التمتع بقدر كاف من التمييز حتى يتمكن من إدراك نتائج و عواقب ما هو مقبل عليه.

بالرجوع دائما إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة نجد أنها تكلمت عن حالة الضرورة و التي بموجبها يمنح القاضي الإذن بالزواج للقاصر، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم حالة الضرورة و ترك ذلك للقاضي بما له من سلطة تقديرية واسعة لأنه من أولى الأمر المختصين بتفسير القانون و البحث على نوايا ومقاصد المشرع في النصوص القانونية و ما تعطيه في إزالة الإبهام و حل النزاع.

فالمصلحة أو الضرورة ركيزة أساسية بالغة الأهمية أرسيت عليها أحكام الترخيص بالزواج، كما أن المشرع لم يفصل المعايير التي تساعد القاضي في تحديد المصلحة أو الضرورة، و ما يمكن قوله أن المصلحة أو الضرورة معيار نسبي يتغير بتغير الزمان و المكان و الأشخاص، و على القاضي أن يدرس القضايا المطروحة عليه حالة بحالة، و أن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص و ألا يعطي هذا الترخيص إلا إذا توافرت الشروط اللازمة، كما لا يصح له بالمقابل أن يتعسف في إستعمال سلطته ما دام الإذن لا يمس بمصالح المجتمع و مصالح الأطراف أنفسهم (2).

(1) الدكتور وهبة الزحلي، المرجع السابق، ص 179.

(2) الدكتور تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، سنة 1999، ص 79.

و في الأخير يجب الإشارة أن المشرع الجزائري حسن ما فعل في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، فالمادة السابعة من قانون الأسرة أضافت شرطا جوهريا كان حلقة مفقودة في قانون الأسرة 84-11 و المتمثل في قدرة الطرفين على الزواج و ذلك بتعليق الترخيص بزواج القصر على شهادة طبية ليتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، و بهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أم لا، و أن لا يكتفي عند منحه للترخيص بسلطته التقديرية.

المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به :

إن نظام تعدد الزوجات نظام قديم قدم البشرية فقد كان سائدا قبل ظهور الإسلام في شعوب كثيرة و قد أقرته الشرائع السماوية السابقة كاليهودية و المسيحية (1)، و لم يكن له عند أكثر هذه الأمم عدد محدود (2)، إلى أن جاء الإسلام ليضع نظاما حكيما للحفاظ على الأسرة و المجتمع فقصر التعدد على أربع زوجات مع إشتراطه العدل بينهن و القدرة على الإنفاق عليهن، و بهذا جاءت معظم مدونات الأحوال الشخصية في البلاد العربية و الإسلامية و التي ترجع في أصلها إلى الشريعة الإسلامية على إختلاف مذاهبها (3)، بما فيها قانون الأسرة الجزائري الذي وضع تدابير لا تعتدي على النظام الذي رسمته الشريعة الإسلامية، وفي الوقت نفسه تزيل ما يمكن إزالته من فوضى التعدد و مساوئه على يد بعض الجهال أو قليلي الإنصاف من الرجال الذين لا يتقيدون بالتوجيهات الشرعية في هذا الموضوع.

و بالنظر للآثار المترتبة على تعدد الزوجات عبر التاريخ و على إستثنائياتها و بالنظر لإخلالها بالقيم العالمية في مجال التطبيق و المس بكرامة الإنسان و لما كان قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله قد فتح المجال واسعا لضروب التجاوزات التي ألحقت أضرارا بالغة تخل بمقاصد الشريعة الإسلامية السامحاء، و تناقض الدستور و تمس بكرامة الإنسان (4).

(1) الأستاذ قاد بن علي، تعدد الزوجات بين الإطلاق والتقييد، مجلة المعيار العدد 9، جويلية 2004 جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، صفحة 157.

(2) الدكتور محمد حسين مقبول، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية ، مجلة المعيار العدد، 9 جويلية 2004، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة ، الجزائر، ص173.

(3) الدكتور صالح بويشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار العدد 09، جويلية 2004، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، ص 109.

(4) توصيات الورشة الثانية الخاصة بتعدد الزوجات المجتمعة في مقر المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 13 أكتوبر 1999 برئاسة الدكتور طالب عبد الرحمان عضو المجلس الإسلامي الأعلى .

و قد جاء التعديل الأخير لهذا القانون بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في المادة الثامنة لتحديد إباحة تعدد الزوجات في إطار خاص و بشروط خاصة و أعطت هذه المادة للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص للزوج الذي يرغب في التعدد و ذلك بغية عدم تعسف بعض الأزواج و تهورهم.

و نصت المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنه :

" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة اللاحقة التي يقبل على الزواج بها، و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخّص بزواج جديد إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية " (1).

و بإستقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يطلق حكم التعدد كما أشرنا، و إنما قيده بشروط تضمن سلامة تطبيق هذا الحكم من خلال تحقيق مقاصده و تفادي المفساد و الأضرار التي يترتبها في حالة عدم مراعاة الزوج لها، و هذه القيود هي:

- وجود المبرر الشرعي.
- توافر شروط و نية العدل
- إعلام الزوجة السابقة و المرأة اللاحقة.
- تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

و قد وضع المشرع الجزائري جزاء لمخالفة هذه الشروط و الإجراءات، فإذا تخلف شرط العدل بين الزوجات من حيث ممارسته، فقد أجاز القانون للزوجة طلب التظليق في المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها السادسة و العاشرة حيث جاء فيها أنه يجوز للزوجة أن تطلب التظليق لمخالفة أحكام المادة 08 أعلاه و كذا لكل ضرر معتبر شرعا، كما فتحت المادة 08 مكرر من نفس القانون الباب واسعا أمام المتضرر- الزوجة- من عدم مراعاة، و هذه الشروط لرفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتظليق و ذلك في حالة التدليس، كما أن المادة 08 مكرر¹ حددت جزاء الزواج الذي يتم دون استصدار ترخيص من القاضي المختص وهو الفسخ قبل الدخول.

بالرجوع إلى شروط تعدد الزوجات المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطات واسعة في تقدير توافر هذه الشروط و جعله رقبيا و أمينا على عقود الزواج التي تبرم أمامه، و هذا ما سنحاول توضيحه في ثلاثة فروع.

أولاً: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي.

ثانياً: كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات و الشروط الضرورية للحياة الزوجية.
ثالثاً: سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فيما يخص مسألة التعدد.

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي :

في واقع الأمر يبدو أن هذا الشرط مناسب بل ضروري لإباحة التعدد غير أن المشرع الجزائري لم يوضح المقصود منه كما لم يبين أشكاله التي يباح معها للزوج أن يتزوج من امرأة أخرى (1)، لكن بالرجوع للمنشور الوزاري رقم 84 -102 الصادر بتاريخ 1984/12/23 الذي أصدره وزير العدل كتفسير للمادة 08 قبل تعديلها نجد أنه حصر شرط المبرر الشرعي في مرض الزوجة مرضاً عضالاً أو حالة عقمها لا غير حيث جاء فيه " إذا طلب من الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي عقد زواج بثانية فعليه أن يتحقق من توفر الشرط الأول الذي هو المبرر الشرعي، و يكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب إختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت العقم أو المرض العضال رفض الموثق أو الموظف المختص تلقي العقد " (2).

(1) الدكتور صالح بوبشيش، المرجع السابق- ص135.

(2) الأستاذ محمد عطوي، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين، العدد 12، سنة 1987، ص27.

و بذلك جاء هذا المنشور الوزاري متجاهلا لغير ذلك من المبررات الأخرى كقصد العفة مثلا، هذا ما جعل وزير العدل يصدر منشورا ثانيا بتاريخ 1985/08/22 تحت رقم 14 أضاف فيه " حالات يقدرها القاضي خاصة في حالة رضا الزوجة الأولى و للقاضي السلطة التقديرية في أن يرخص بالزواج الثاني أو يرفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابلة للطعن، كما أن هذا المنشور أضاف مبررا آخر لتعدد الزوجات وهو إثبات وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء بتقديم شهادة من كتابة الضبط إلا أن هذا قد يؤدي لكثير من التحايل فقد يقوم الزوج برفع دعوى الطلاق ثم يتركها بعد تسجيل عقد الزواج الثاني (1).

و ما نخلص إليه في هذه النقطة أن مسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر اليسير لذا وجب على القاضي أن يكون حكيما واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية فقد يكون سببها نزاع عابر بينه و بين زوجته الأولى و هنا يحاول بحكمته إصلاح ذات البين و تلطيف الأجواء بين الزوجين بدلا من منح ترخيص بالزواج على أساس دوافع واهية لأن هذا الزواج الأخير و الذي لم يكن مبني على أسس جدية سيؤدي لا محال إلى العديد من المشاكل، أما إذا تأكد القاضي من جدية دوافع الزوج كمرض زوجته الأولى أو عقمها أو عدم قدرتها على إعطاء الزوج حقوقه الشرعية فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج من امرأة ثانية بدلا من أن يدفعه إلى تطليق زوجته الأولى خصوصا إذا تأكد من موافقة هذه الأخيرة.

الفرع الثاني: كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية :

المشرع الجزائري إشتراط على الزوج المقبل على الزواج من امرأة ثانية إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته و لم يبين الإجراءات الكفيلة لتحقيق القاضي من هذا الشرط و هنا لا بد أن نشير على أن العدل المقصود هو العدل الذي يستطيعه الإنسان و يقدر عليه و هو التسوية بين الزوجات في النواحي المادية من نفقة و حسن معاشرة و مبيت، و ليس المراد به التسوية في العاطفة و المحبة و الميل القلبي لأن هذا غير مستطاع لأحد (2).

(1) المنشور الوزاري، وزير العدل، المنشور الثاني، بتاريخ 1985/08/22 تحت رقم 14.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 168.

و بناء على هذا فشرط تحقيق العدل المذكور في المادة 08 أمر مستقبلي و هذا ما يصعب مهمة القاضي، إن لم يجعلها مستحيلة للتأكد من توفر هذا الشرط، و في هذا الصدد يرى الأستاذ محمد عطوي أنه من الأفضل تقدير مدى توفر شروط العدل لمراقبة القضاء بعد إتمام الزواج الثاني حتى لا يكتفي القاضي بأمر غيبية بل يكلف بأمر محققة لأن القضاء يدفع الظلم الواقع و لا يتجه للنظر في الظلم المحتمل الوقوع و هذا ما جعل وزير العدل يرى في المنشور الوزاري المؤرخ في 23 /12/ 1984 أن إثبات نية العدل هو من صلاحيات القاضي وحده و على الزوجة إثبات عدم توفيره عند التنازع أمام المحكمة المختصة أثناء طلب الطلاق ليتسنى للقاضي الحكم لها بالتعويض المناسب، أي أن القاضي لا يتدخل إلا بعد إنشاء عقد الزواج للتأكد من مدى توافر شروط و نية العدل (1).

إلا أننا نرى عكس ما ذهب إليه الأستاذ محمد عطوي في عدم تدخل القاضي لتقدير مدى توفر شرط العدل إلا بعد إنشاء عقد الزواج، فحتى و إن كان هذا الشرط نفسياً لا يمكن للقاضي الإطلاع عليه إلا أن هذا لا يمنع من تدخله قبل منحه للترخيص و ذلك بتبنيه الزوج على ضرورة الإلتزام بالعدل بين زوجاته و العواقب الناتجة من جراء عدم العدل بينهما خاصة ما يتعلق بإمكانية طلب الزوجة للتطليق، و كذا التعويضات عن كل الأضرار المادية و المعنوية التي تلحق بها، إضافة إلى تذكيره بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعدل بين الزوجات كحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه : " من كانت له إمرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً " (2).

أما الشرط الثاني المتعلق بإثبات الزوج لقدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، أي رقابة القاضي على القدرة المالية للزوج، فيمكن التأكد منه بسهولة كالإطلاع على دخل الزوج من خلال شهادة كشف الراتب إن كان موظف أو من خلال رقم أعماله التجاري إن كان تاجراً و حتى من خلال شهادة الشهود إلى غير ذلك من وسائل الإثبات و هنا يتأكد القاضي أن للزوج دخل يكفي لإعالة زوجتين أو أكثر حسب الحالة مع الإنفاق على أولاده كما يمكن له أن يثبت من حالة الزوج الصحية و أنه قادر على الزواج بزوجة أخرى، و أن احتمال الأضرار منتف في الحال و المال، فإن أثبت الزوج كل هذا رخص له القاضي بالزواج و إن لم يثبت فإن في الترخيص مظنة حصول المفسدة و هو أمر غير جائز و يتنافى مع مشروعية التعدد.

(1) الأستاذ محمد عطوي، المرجع السابق، ص30.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فيما يخص مسألة التعدد :

حسب المادة 08 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها بأنه يرغب في الزواج من امرأة ثانية و هكذا يكون المشرع الجزائري قد راعى شعور الزوجة السابقة للزوج و المرأة التي يقبل على الزواج بها في شأن إقدام الزوج على الجمع بينهما، و قد بين المنشور الوزاري الصادر عن وزير العدل و المؤرخ في 1984/12/23 كيفية الإعلام و ذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة و اللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية- هذا في ظل قانون الأسرة قبل التعديل و أمام القاضي بعد التعديل الأخير لهذا القانون- برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثانية و يسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضى كل منهما أو إعتراض الزوجة السابقة ليكون ذلك حجة يرجع إليه عند التنازع، فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إبلاغها للحضور في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ و المكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت و إعتراضت يسجل الموثق أو ضابط الحالة المدنية إعتراضها، و إن تغيبت أثبتت غيبتها و أبرم العقد.

و هنا لا بد أن نشير أنه على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها و أن يسعى جاهدا لحضور كل منهما أمامه (1).

بالرجوع دائما لنص المادة 08 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه نجد أنها إشتطت لمنح الترخيص موافقة الزوجة السابقة، و المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها، و السؤال الذي يطرح نفسه هنا ماذا لو تعسفت الزوجة في إستعمال حقها و أبدت رفضها بدون مبرر شرعي سوى الإضرار بالزوج و الغيرة العمياء، و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته المالية و كل الشروط الضرورية و اللازمة للتعدد، فهل يمتنع رئيس المحكمة عن منحه الترخيص بالزواج أم لا؟

(1) المنشور الوزاري، صادر عن وزير العدل ، في 1984/12/23.

من خلال الواقع الميداني عبر المحاكم يلاحظ أن أغلب القضاة يمنحون الترخيص بالزواج في هذه الحالة و حسنا ما فعلوا لأن القاضي يجب أن يكون دقيقا و صائب التقدير إذا رفضت إحداها الزواج عليها خصوصا الزوجة الأولى و مدى مطابقة رفضها لأحكام العدل، و المصلحة العامة للمجتمع، فعلى القاضي أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي و القدرة على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية و بين موافقة الزوجة السابقة، حتى يكون قراره عادلا و محققا للغاية التي أباح القانون و الشرع لأجلها تعدد الزوجات.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في انحلال الرابطة الزوجية :

لقد حدد المشرع الجزائري أسباب إنحلال الرابطة الزوجية ضمن الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "إنحلال الزواج" فالمادة 47 من قانون الأسرة نصت على أنه " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" ، و حصر إهتمامه في توضيح إنحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإعتبار أن الوفاة لا تثير أي لبس من حيث مفهومها.

و الطلاق علاج هدام فهو كالبتير لبعض أعضاء الجسم لا يلجأ إليه الأطباء إلا اضطرارا لإنقاذ الحياة أو لدفع ضرر في الصحة أعظم من البتير (1).

كذلك لا ينبغي شرعا اللجوء إلى الطلاق إلا عندما تكون الحياة الزوجية غير منسجمة، فالطلاق هو هدم لكيان الأسرة الذي يبينه الزواج فهو ضرر لكنه ضروري لدفع ضرر أعظم منه، و سمح قانون الأسرة الجزائري للزوج أن يضع حدا للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة بواسطة الطلاق كما سمح للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق الخلع أو التطليق و جعل القاضي حارسا و رقبيا أمينا على ذلك حتى لا يتعسف كل ذي حق في إستعمال حقه كما منح له سلطة تقديرية واسعة لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين قبل إنحلال الرابطة الزوجية و في تقديره لحالات التطليق إضافة إلى تقدير تعسف الزوج في الطلاق وكذا تقديره للنشوز و عليه سنحاول معالجة ذلك كالتالي:

(1) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1996، ص124.

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم

تعد إجراءات الصلح والتحكيم في فك الرابطة الزوجية من الإجراءات الهامة و الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي القيام بها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع و إصدار حكم بشأنه و جعلها إجبارية (1).

الفرع الأول: إجراءات الصلح وجهد القاضي في فض النزاع بين الزوجين :

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة بأنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة " .

يفهم من هذا النص أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم من القضاء و أن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، و عليه فإنه يجب على القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة المحضر القضائي أو بأي طريقة يراها مناسبة و ذلك بمجرد تسجيل الدعوى و طرحها عليه، و أن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوئ النزاع و مضار الفرقة وبيان محاسن الألفة و الإنسجام، و التسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما و صالح أطفالهما، و لصالح إستمرار علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلتي الزوجين (2).

(1) الدكتور بلحاج العربي، المرجع السابق، ص356.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 300.

فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى محاولة الصلح فإذا فشل مرة ثانية و رأى أن هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة و رابعة لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، و هنا تتجلى سلطة القاضي التقديرية، و سواء أنجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح فإنه يحزر محضرا بما توصل إليه من نتائج و يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين، و هذا حسب نص المادة 49 في فقرتها الثانية المذكورة أعلاه، و أن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تتعقد ضمن الجلسات المقرر للمحكمة و عندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه، و ما قيل عن الزوجة يقال عن الزوج في حالة طلب التطلق من الزوجة لأن محاولات الصلح تعد أحد العناصر الجوهرية لصحة العمل القضائي.

و يجب على القاضي أن يثبت من هوية الزوجين في هذا الطور الصلحي، لأن هناك نسوة تعرضن لعمليات تغيير فاحش نجمت عنها مضار جسام قد يعسر إصلاحها فالذي يحصل في هذا الصدد أن من الأزواج من تقدم بطلب الحكم بالطلاق و أحضر لجلسة محاولة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر و تأتي له بهذه الوسيلة الحصول على الإتفاق على الطلاق و التنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة (1).

و هناك العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أكدت أنه لا بد من مراعاة إجراءات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق نذكر منها، القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون" (2).

إلا أن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21 أثار الكثير من التساؤلات حيث إعتبر أن إجراءات الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية جاء فيه " .. إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية و أن لفظ الطلاق أو التطلق تصدر دائما نهائية " (3).

(1) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها، طبعة 2003، ص 109.
(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 75141، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول، ص 65.
(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف 200198، نشرة القضاء، العدد 56، سنة 1999، ص 40.

و خلاصة القول أن إجراء محاولة الصلح إجباري خاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، لأن المشرع أوجب على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح و إذا دخل القاضي مباشرة إلى مناقشة الموضوع دون المرور بمرحلة الصلح ثم حكم بالطلاق فإنه يكون بذلك قد أعاب حكمه بعيب مخالفة القانون، فإذا إنعقدت محاولة الصلح سواء تم الحضور أو لم يتم بعد الإعلان بواسطة الرسالة المضمنة أو المحضر القضائي أو بأي طريقة أخرى، يكون العمل القانوني قد إستوفى شروطه و على القاضي أن يحدد تاريخ الجلسة التي يعلن فيها عن الطلاق إذ لم يتراجع طالبه عن ذلك، و قد جاء في قرار للمحكمة العليا أن "...عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لان المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مدة إجراء الصلح بثلاثة أشهر..." (1).

من خلال كل ما تقدم يمكننا القول أن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة الصلح واسعة جدا فعليه أن يبذل قصار جهده لتقريب وجهات النظر بين الزوجين و محاولة وضع حد للتنافر و التنازع الحاصل بينهما.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم و مدى مساهمة الحكمين و القاضي في فض النزاع بين الزوجين :

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري: " إن أشد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين " (2).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1997/10/23 ، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، ص 197.

(2) المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

من إستقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكّمين و ما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناءها إلى غير ذلك من الإشكاليات.

و الثابت في نص هذه المادة أن التحكيم وجوبي و إلزامي في دعاوى الطلاق، و الرجوع إلى بيت الزوجية و ذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام و يبلغ النزاع بين الزوجين ذروته و لا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك، و عليه فإذا توفر شرط إشتداد الخصام و شرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع و مباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم (1).

بالنسبة لتعيين الحكّمين و صفاتهما فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقاً للقانون أو بناء على طلب واختيار الزوجين و يجب عليه أن يراعي قرابتهما من الزوجين إضافة إلى تأثيرهما عليهما و قدرة كل منهما على حل النزاع و هنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في إختيار الحكّمين العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح.

فيما يخص مهمة الحكّمين فإنها محددة من القاضي و تنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين و ظروفه و ملابساته و تحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع إضافة إلى محاولة إزالة الخلاف و التوفيق بينهما و تقريب وجهات النظر بكل الوسائل و الطرق الممكنة شرعاً، و سماع أقوال الزوجين، و توضيحات من كان يشاركهما مسكن الزوجية كالأولاد و الأقارب إن وجدوا، و سواء توصل الحكّمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا فعليهما أن يقدموا تقريراً إلى القاضي الذي عينهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما يشتمل على النتائج التي توصلوا إليها و على اقتراحاتهما لحسم الخلاف (2).

(1) الأستاذ محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18(أ)، العدد الرابع، سنة 1991، ص08.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص302.

و في هذا المجال يمكن القول أنه إذا توافرت الأسباب و الشروط اللازمة للجوء إلى مبدأ التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، يجب على القاضي المختص بالفصل في موضوع النزاع القائم بين الزوجين أن يؤجل الفصل في الدعوى و أن يعين الحكيم و ينتظر تقديم تقريرهما خلال المهلة القانونية المحددة، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 و الذي جاء فيه "... من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، و إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر و يجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما و من ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي قضي بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49، 55، 56 من قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون و تجاوز إختصاصه و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.."(1).

فالقاضي يحكم في ضوء تقرير الحكيم الذي لا يشترط فيه أن يكون معللاً كما يجوز له رفض التقرير و تعيين حكيم آخرين وفقاً لسلطته التقديرية في هذا المجال و هو غير ملزم بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم و تصدى للفصل في موضوع الدعوى و تجدر الإشارة أن تعيين الحكيم لا يكون عادة إلا عندما ترفع الزوجة دعوى ضد زوجها و تزعم أنه أتى من الأعمال و التصرفات ما يضرها، و تجيز لها طلب التطلق ثم تعجز عن إثبات الضرر بالوسائل القانونية المتعلقة بالإثبات و يعجز القاضي عن إصلاح ذات البين و يفشل في محاولة الصلح أي أن تعيين الحكيم لا يكون إلا بعد تأكد القاضي من فشل مساعيه في الصلح و إشتداد الخصام بين الزوجين و عدم ثبوت الضرر (2).

و أخيراً من الناحية العملية نلاحظ أن القضاة لا يقومون بتعيين الحكيم و يكتفون بجلسات الصلح فقط، و مرد ذلك إلى الغموض الكبير الموجود بالمادة 56 من قانون الأسرة الذي حاولنا إزالته قدر الإمكان بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكيم و المهمة المسندة إليهما إضافة إلى حجية التقرير المعد من قبلهما و الوقت المناسب للقيام بالتحكيم، و رغم ذلك يبقى الغموض يكتنف نص هذه المادة خاصة في طريقة تعيين الحكيم، و كيفية استدعائهما، و كذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم كل هذا يدفعنا إلى القول بوجود تدخل المشرع لإزالة الغموض وإعادة الحياة لهذه المادة.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/12/23 ، ملف رقم 57812 ، المجلة القضائية العدد الثالث، سنة 1991، ص 71.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 303-304.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطلاق :

لقد أعطى القانون و الشرع للرجل حق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون مجبرا على تبيان أسباب إقدامه على ذلك كما بينا ذلك عند تطرقنا لموضوع الطلاق التعسفي، و في نفس الوقت لم يحرم - القانون و الشرع- المرأة من حقها في إنهاء هذه العلاقة و ذلك كي ترفع عنها ظلم الرجل إذا ما وقع عليها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة إنهاء العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها و ذلك إذا أثبتت سببا من الأسباب الموجبة للتطلاق، و قد عدد المشرع الجزائري الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق في المادة 53 من قانون و سنحاول تبيان دور القاضي في التأكد من توافر هذه الأسباب موضحين مجال سلطته التقديرية في ذلك.

الفرع الأول: التطلاق لعدم الإنفاق

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها " ... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون..." وطبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، و صيرورة هذا الحكم نهائيا و تكليفه بالوفاء.

كما أن هذه المادة اشترطت ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطلاق لعدم الإنفاق والسؤال المطروح هنا على من يقع عبء إثبات الإعسار فهل يقع على الزوج أم الزوجة؟

إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممتلئة و أن الإعسار هو حالة طارئة و تبعا لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا و على الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا و كانت الزوجة و قنتذ عالمة بإعساره، و الإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة و القرائن و هنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة (1).

و تجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة و التي يحق لها طلب التطلاق، بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها و بحسب مدخولاته و موارد رزقه و ذلك ما حددته المادتين 78 و 79 من قانون الأسرة و بذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها و تعجزه عنها (1).

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطلاق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج ؟ أم له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره ؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا أنه رجوعاً لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنبلية و المالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق و أن للمرأة حق المطالبة بالتفريق، إذا ثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه و يطلق عليه فوراً عند ثبوت إيساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أما الشافعية و المالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر و 03 أشهر (2).

وفي هذا يرى الدكتور بلحاج العربي أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها (3).

فإذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة و أن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيماً فمن الأفضل أن يمهله مدة معينة بدلاً من أن يحطم حياته الزوجية و ما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة و الأبناء، أما إذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيماً و أحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطلاق الزوجة تفادياً لتضررها أكثر، و هذا وفقاً لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية.

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 257.

(2) الدكتور محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص 338.

(3) الدكتور بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 277.

الفرع الثاني: التظليق للعيوب :

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 و التي جاء فيها ".... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..." و يلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل أشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون إستناده إلى تلك الأسباب، و إذا إستند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في إستعمال حقه في الطلاق (1).

و قد أخذ المشرع الجزائري في هذه النقطة برأي الحنفية الذين حصروا العلل الموجبة للتفريق بالرجل دون المرأة (2).

كما يمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط أم أن العيوب الأخرى كالبرص مثلا تكون سببا لطلب التظليق؟ و لم يبين إن كان علم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج مسقط لحقها في طلب التظليق أم لا؟ و لم يوضح المشرع كيفية إثبات هذه العيوب وهل على القاضي الحكم بالتظليق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهل الزوج مدة للعلاج؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات لا بد علينا من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا أن الفقهاء قسموا العيوب التي تعطي الحق في طلب التظليق إلى قسمين :

أولا : علل جنسية تحول دون الإستمتاع، و ممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي و مثال ذلك:

* **الجب:** وهو قطع الذكر و الأنثين (الخصيتين).

* **العنة:** هي العجز عن الوطاء و عرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتي معها إتيان النساء.

* **الخصاء:** و هو رض الإنثين (الخصيتين) أو قطعهما (3).

(1) الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص48.

(2) الدكتور محمد سمارة، المرجع السابق، ص338.

(3) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص322.

ثانياً : علل جسدية لا تحول دون الإستمتاع و لا تمنع الدخول و لكنها علل منفرة ضارة تضر صاحبها و غيره كالجنون و الجذام و البرص، و قد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي تسمح للمرأة بالمطالبة بالتطليق حيث قال المالكية أنها ثلاثة عشر و قال الشافعية والحنبلية أنها سبعة أما الحنفية فقالوا أنها علتان فقط و حصورهما في الجب و العنة، أما ابن القيم فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية حيث أن كل عيب ينفر الزوج الآخر و لا يحصل به مقصود النكاح من المودة و الرحمة يوجب الخيار (1).

و أخذ المشرع الجزائري برأي ابن القيم حين أحسن صنعا عندما ما لم يحدد العيب وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي وهو هل العيب يحول أم لا من تحقيق الهدف من الزواج (2).

بالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج وما إذا كان ذلك مسقط لحقها في طلب التطليق فقد ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية إلى اشتراط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل العقد حتى يحق لها طلب التطليق ما عدا العنة فإنه يثبت للمرأة حق المطالبة بالتطليق وإن كانت تعلم بعنة الزوج قبل العقد، لكن إذا حدث العيب بعد إبرام عقد الزواج فقد قال الشافعية والحنبلية أن حصول الخيار للعيوب - طلب التطليق - يثبت إن كانت العيوب حادثة قبل العقد أو بعده ، أما المالكية والحنفية فقالوا أن العلل الحادثة بعد الزواج لا يثبت معها خيار أي لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ظهرت العلل بعد إبرام عقد الزواج (3).

و يميل المشرع إلى الرأي الذي أخذ به الشافعية و الحنبلية لأن وقت حدوث العيب ليس هو أساس طلب التطليق بل أساسه هو الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج و عدم رضا الزوجة بالعيب و تضررها منه، و هو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات العربية كالمشرع المصري في المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية و المشرع اللبناني في المادة 129 من قانون حقوق العائلة و المشرع الأردني في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية.

(1) الدكتور محمد سمارة، المرجع السابق، ص322.

(2) الدكتور بلحاج العربي، المرجع السابق، ص278.

(3) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص323-324.

بالنسبة لمسألة إثبات هذه العيوب نرى أنه من الأفضل الاستعانة بأهل الخبرة لا ثبات ذلك إذا لم يكن هناك إقرار من الزوج و هذا ما ذهبت إليه الكثير من التشريعات العربية كقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 11 و قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 119، أما بالنسبة لوقت إصدار القاضي للحكم بالتطليق بعد ثبوت العيب لم يبين لنا المشرع الجزائري ذلك إلا أننا وجدنا قرارا للمحكمة العليا صدر بتاريخ 1984/11/19 قضى بتأجيل الحكم بتطليق الزوجة مدة سنة نظرا لعجز الزوج عن مباشرتها و قد جاء فيه : " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الاجتهاد القضائي أستقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلمها و بعد إنتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية " (1).

من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا أنه لم يوضح سبب عجز الزواج عن مباشرة زوجته فهل كل العيوب التي تحول دون المباشرة الجنسية تؤجل الحكم فيها لمدة سنة؟ وماذا عن باقي العيوب؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، نجد أن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفاؤه و العيب الذي لا يرجى شفاؤه، فإذا ثبت أن العيب يستحيل شفاؤه أو أن شفاؤه يستغرق زمنا طويلا فإن القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أن العيب يمكن شفاؤه فإنه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرق بين الزوجين و مثال ذلك العنة، فإذا أدعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الإتصال و أصرت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك أما الحب فهو من العلل التي لا يرجى شفاؤها و القاضي يحكم بالتطليق فورا دون منح الرجل أجل السنة لأنه ميؤوس منه و لا معنى للانتظار (2).

و هو ما أخذت به العديد من التشريعات العربية و مثال ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 120 و قانون حقوق العائلة اللبناني في المادة 122.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص73.

(2) الدكتور محمد سمارة، المرجع السابق، ص329.

الفرع الثالث: التطلاق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :

تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطلاق في الفقرة الثالثة المادة 53 من قانون الأسرة، و يقصد بهذا الهجر أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش و لا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج و يشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر و أن يكون عمديا مقصودا لذاته نكاية بالزوجة و ليس له ما يبرره لا شرعا و لا قانونا (1).

و تجدر الإشارة هنا أن الهجر في المضجع المشار إليه في المادة 53 من قانون الأسرة يتفق مع الإيلاء الذي أشرنا إليه عند تطرقنا إلى نشوز الزوج الوارد في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري في بعض النقاط و هي ترك وطء الزوجة و عدم الإقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر و إلحاق الضرر بها، إلا أنه يختلف معه في أن الإيلاء يكون هدفة الإضرار بالزوجة على خلاف الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 الذي لا يشترط فيه توفر نية الأضرار بالزوجة لدى الزوج كما أن الإيلاء يمين أما الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 لا يعتبر يمينا (2).

و لا بد أن نشير أن الهجر في المضجع كسبب قانوني من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطلاق و الذي يشترط أن يكون متعمدا و ليس له مبرر شرعي، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى " و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن في المضاجع" فهذا الهجر الأخير لا يهدف إلى الإضرار بالزوجة و إنما إلى تأديبها و هو هجر شرعي و لا يعتبر سببا من أسباب التطلاق، و يدخل في إطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته، و لا يجوز أن يضار شخص بسبب استعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في إستعماله و تجاوز حدود هذا الحق المقرر له، و القاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا و هل تعسف الزوج في إستعمال حقه أم لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 231.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص 232.

الفرع الرابع: التطلق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية :

نص المشرع الجزائري على أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق في الفقرة الرابعة المادة 53 من قانون الأسرة، و من خلال نص هذه الفقرة يتبين لنا أنه يشترط أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائرية و أن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضى فيه و يكون سببه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، و تحديد المقصود بالجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي و نحن نرى أن المقصود بذلك هو تلك الجرائم الماسة بالآداب العامة و التي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا أو هتك العرض أو النصب أو جرائم الخيانة و التحبس و عليه إذا حكم على الزوج في جريمة القتل غير العمدي مثلا فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطلق.

أما بالنسبة لاستحالة مواصلة العشرة و الحياة الزوجية بسبب هذه الجريمة فالمقصود منه هو أن تؤدي هذه الأخيرة إلى توتر العلاقات بين الزوجين و تنتج عنها خلافات حادة بينهما و مثال ذلك الحكم على الزوج عن جريمة تحريض القصر على الفسق و الدعارة مثلا، لا محالة استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، و تقدير كل هذا يرجع إلى القاضي و عليه أن يعتمد على عادات و تقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة و تأثيرها على الحياة الزوجية (1).

الفرع الخامس: التطلق بسبب غياب الزوج.

نص المشروع الجزائري على غياب الزوج كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطلق في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة و التي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة و أن يكون هذا الغياب بدون عذر و لا نفقة، و عليه حتى يحكم القاضي للزوجة بالتطلق عليها أن تثبت أن غياب زوجها دام أكثر من سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، و أن يكون هذا الغياب دون عذر شرعي و لا نفقة (2).

(1) الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص48.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 533.

الملاحظة الأولى حول نص هذه الفقرة أن هناك اختلافا بين النص العربي و النص الفرنسي، فالنص العربي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر و لا نفقة أي أنه يشترط أن يكون الزوج غاب دون مبرر شرعي و لم يترك نفقة حتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطليق أما إذا غاب الزوج بدون مبرر لكنه ترك نفقة للزوجة فلا يجوز لها طلب التطليق، أما النص الفرنسي إشرط أن يكون الغياب بدون عذر أو نفقة :

« ...Sans excuse valable ou sans pension d'entretien... »

و بالتالي يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق إذا غاب الزوج أكثر من سنة دون مبرر شرعي و لكنه ترك النفقة و عليه فعلى أي من النصين يعتمد القاضي؟ إضافة إلى أن المشرع لم بين المقصود من العذر الشرعي المبرر لغياب الزوج و الذي يحول دون تطليق زوجته عليه، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وجدنا أن المالكية و الحنابلة أجازوا التفريق للغيبه إذا طال و تضررت الزوجة بها، و لو ترك لها الزوج مالا تتفق منه أثناء الغياب، و هذا ما ينطبق مع النص الفرنسي للفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة و عليه فإن النص الفرنسي أقرب إلى الصواب لأنه مطابق لأقوال الفقهاء الذين قالوا بالتفريق للغياب و لأنه حتى لو ترك الزوج لزوجته مالا تتفق منه فإن بعده عنها يجعلها كالمعلقة لا هي ذات زوج و لا هي مطلقة كما أن طول الغياب مناف للإمسك بالمعروف.

بالنسبة للعذر الشرعي المبرر لغياب الزوج و الذي يحول دون تطليق زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا و مبررا لغيابه أم لا ؟ فغياب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة يعتبر مبررا شرعيا أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبررا شرعيا للغياب و هكذا فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف و ظروف الزوج وعادات و تقاليد المجتمع (1).

الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة :

إعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة و المتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطلق و ذلك في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، و قد بينا الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات عند تطرقنا إلى هذه المسألة في المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل و الأول من هذه الدراسة.

فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطلق، فبالنسبة لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة إلا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات و للقاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه.

أما مسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطلق و مثال ذلك أن الزوج تزوج بزوجة ثانية بسبب مرض الزوجة مثلا و بعد الزواج شفيت هذه الأخيرة فهل يحق لها المطالبة بالتطلق؟ نحن نرى أن شرط المبرر الشرعي يشترط وجوده عند إبرام عقد الزواج الثاني و أن المشرع قصد من وراء شرط عدم وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطلق الزواج العرفي فإذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان و الشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج و إنعدم المبرر الشرعي يجوز للزوجة المطالبة بالتطلق.

و نفس الأمر بالنسبة لعدم إحترام شرط إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فغالبا ما يكون هذا نتيجة للزواج العرفي أي الزواج الذي تتوفر فيه الأركان و الشروط المطلوبة شرعا و قانونا.

كما يمكن أن نتصور عدم إحترام هذا الشرط في حالة عدم إخبار إحدى الزوجتين عمدا و نتيجة لطرق إحتيالية و تدلسية تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة و تجدر الإشارة هنا أن المادة 8 مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلق و ذلك في حالة التدليس (1).

و أخيرا بالنسبة لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة فكل زوجة تزوج زوجها عليها دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني زواجا عرفيا لم يثبت بحكم قضائي مع العلم أن المادة 22 من قانون الأسرة نصت أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

الفرع السابع: التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة :

لقد جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق و ذلك في نص المادة 53 الفقرة السابعة من قانون الأسرة و من خلال إستقراء نص هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة التي يرتكبها الزوج و تكون سببا في طلب زوجته للتطليق، و يقصد بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم و المنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من قانون العقوبات و قد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات و من ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة (1).

و ما تجدر الإشارة إليه أنه لم يصنف قانون العقوبات الجزائري بعض الجرائم أو الأفعال التي تعتبرها الشريعة الإسلامية فواحشا كجريمة الزنا مثلا فهل تعتبر هذه الأفعال سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق؟ و للإجابة على ذلك فإنه قد ذكر المشرع الجزائري الفواحش في المادة 337 مكرر على سبيل الحصر و بالتالي فجريمة الزنا مثلا لا تعتبر فاحشة مبينة تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق، و بناءا على أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على ما يلي "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" ، فطبقا لهذا النص فالقاضي ملزم بتطبيق القانون، و لا يمكن له أن يذهب للبحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش، فقد تولى قانون العقوبات هذه المسألة (2).

و في حالة ارتكاب الزوج لأي فعل تعتبره الشريعة الإسلامية من بين الفواحش فإنه بإمكانها المطالبة بالتطليق وفقا للفقرة الرابعة أو العاشرة من المادة 53 إذا أثبتت ذلك.

(1) الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص51.

(2) الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص55.

الفرع الثامن: التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين :

نص المشرع الجزائري على أن الشقاق المستمر بين الزوجين يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطلاق، و ذلك في الفقرة الثامنة من نص المادة 53 من قانون الأسرة و لقد تناولنا مسألة تعيين الحكمين المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الأسرة في المطلب الأول من المبحث الثاني في الفصل الأول لهذه الدراسة و قلنا أنه في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين و عدم ثبوت الضرر يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر فإشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة 08 من المادة 53 من نفس القانون، فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر غير معروف المصدر فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في إستئصال جذور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ للتحكيم بين الزوجين فإن لم يفلح يحكم القاضي للزوجة بالتطلاق.

و قد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا و التي قضت بالتطلاق بناء على إستفحال الشقاق بين الزوجين، و مثال ذلك الإجتهد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 1996/09/24 و الذي جاء فيه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، و لما كان - في قضية الحال - أن المطعون ضدها ما تضررت من جراء إستفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، و طبقوا صحيح القانون" (1).

كما ذهبت المحكمة العليا إلى نفس الإتجاه في إجتهد قضائي آخر صادر بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطبيق الزوجة لإستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، و متى تبين من قضية الحال، أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها للتعويض و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة لطول الخصام و بتظلم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون " (2).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 66.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 129.

الفرع التاسع: التطلق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

نص المشرع الجزائري على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، و قد نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، و عليه إذا أخل الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطلق و ما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق و عليه أن يقدر ما إذا كان يتوافق مع أحكام قانون الأسرة فإذا كان مخالفا لها، فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة و ذلك وفقا لنص المادة 35 من قانون الأسرة التي نصت على أنه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيح"، و مثال الشروط المنافية لقانون الأسرة أن تشترط الزوجة على الزوج مثلا عدم الإنجاب فإذا تأكد القاضي من مخالفة الشروط المتفق عليها و أن هذه الشروط لا تخالف أحكام قانون الأسرة حكم للزوجة بطلب تطليقها تطبيقا لقوله عليه الصلاة و السلام: " المسلمون عند شروطهم".

الفرع العاشر: التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعا :

نص المشرع الجزائري على أن كل ضرر معتبر شرعا يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق و ذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة و بإستقراء نص هذه الفقرة نجد أن عبارة كل ضرر معتبر شرعا عبارة عامة جدا بحيث لم يتقيد المشرع بضرر معين و أن سلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة و لا يقيدها أي قيد و لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، و نرى أن المشرع الجزائري فعلا حسنا في ذلك لأن ما يعتبر ضررا لزوج ما قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى و أن الضرر المعتبر شرعا في زمن معين و لدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى، و يمكن أن نضرب أمثلة للضرر المعتبر شرعا من خلال بعض قرارات المحكمة العليا (1).

في القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 إعتبرت المحكمة العليا أن بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة و لا هي مطلقة يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة المطالبة بالتطلق (2).

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص236.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/02/20، ملف رقم 75588، المجلة القضائية

لسنة 1993، العدد الرابع، ص78.

كما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته لبيت الزوجية و وقوفه موقف سلبى يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التظليق و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/09/26 (1).

كما أن ضرب الزوج للزوجة ضربا مبرحا يعتبر كذلك سببا من أسباب التظليق و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 2000/06/20 (2)، و تجدر الإشارة في هذا الصدد أنه لا يشترط صدور حكم جزائي لإثبات الضرب و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2001/01/23 (3)، كما أن تقديم شهادة طبية وحدها غير كاف لإثبات الضرب الواقع على الزوجة من طرف الزوج، و هذا ما ذهبت إليه نفس الجهة القضائية في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/02 (4).

و مما هو جدير بالذكر في هذا المقام أن القانون لم يحدد معيارا للتمييز بين ما إذا كان الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا، و نحن نرى أن المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات و الظروف الاجتماعية و الثقافية الخاصة بكل زوج لأننا كما أشرنا ما يعتبر ضارا لزوجة قد لا يكون كذلك لزوجة أخرى و قد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1999/05/18 (5).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1988/01/26 ، ملف رقم 50519 ، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص 48.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 259.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الثاني، ص 417.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52278، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 95.

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 126.

المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي و النشوز :

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل فك الرابطة الزوجية يخضع لإشراف القضاة و رقابتهم مما يخول لهم منع أي تعسف في استعمال الحقوق، و جبر الضرر الذي يلحق بالطرف المتضرر و منحه التعويض المناسب، و قد حاولنا تبيان دور القاضي في تقديره لاعتبار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعسفيا أم لا، إضافة إلى توضيح المقصود من النشوز الوارد بالمادة 55 من قانون الأسرة و الذي يعتبر سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية و ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق :

نصت المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، و عليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع و القانون، فإنه لا بد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق أو سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل. وقد إستقر القضاء الجزائري بأن حق الطلاق بالإرادة المنفردة مخول للزوج و لا يترتب على إستعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها و نفقة عدتها التي يراعي القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية (1).

غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا إليه و يجب على المطلق تعويض الزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها، و التعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي إقتضت إباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول.

و يشترط لإعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة إلى أن للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك لكنه يتحمل مسؤولية هذا الطلاق، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/06/1999 و الذي جاء فيه :

"... من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة و من ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، و متى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق و ذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون..."(1).

كما أن عدم بيان الزوج سببا للطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا و لا تكلف المطلقة بإثبات التعسف، و لم يوضح المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي و نحن نرى أن هذا المعيار يقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث و ثانيهما موضوعي و هو الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر و لا ضرار" و هذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي، كما أن القانون لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض و ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملابسات القضية و ظروف وأحوال الزوجين و ما أدى إلى الانفصال بينهما فإن قدر السبب و كان معقولا في نظره ردّ دعوى التعويض و إلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي (2).

و بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 من القانون المدني: "يشكل الإستهلال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 ، ملف رقم 23019 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 104.
(2) الدكتور بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 235.

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

فمن خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة متعسف أم لا.

الفرع الثاني : دور القاضي في تحديد حالات النشوز :

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة على أنه : " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر"، و عليه فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لكن المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز و لا تعريفه و ترك أمره للقاضي.

و حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن النشوز يعني الترفع و منع أداء الحقوق كراهة قد يكون من الزوج و قد يكون من الزوجة، فبالنسبة للزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي و التي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه و بدون سبب شرعي و بالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق (1).

والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له، و في الشرع هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق (2).

(1) الأستاذ اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2002-2003، ص45.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص792.

أولاً: يمكن أن نذكر بعض الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشز:
1/ إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق و دون سبب شرعي و قد دعاها للانتقال و أعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد إنتقالها إليه و لم تعد، و هنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكماً برجع الزوجة إلى بيت الزوجية و يثبت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم و هذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/07/09 جاء فيه : " متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها و من ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض" (1).

و هنا لا بد من الإشارة أنه يشترط أن يكون مسكن الزوجية مشتملاً على لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وألا يكون مخوفاً و موحشاً وألا يجمعها مع ضررتها بغير رضاها (2)، فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي و هو بيت الزوجية الذي يختاره الزوج مستوفياً للشروط الضرورية للحياة هو واجب أساسي على المرأة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمردت المرأة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤدها ما يجب تعجيله من المهر أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور تسقط نفقتها الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد و الامتناع و تعود النفقة متى أذعنت و إنقادت و هذا باتفاق جمهور الفقهاء (3)، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09 المذكور أعلاه وقد أكدت هذه الأخيرة -المحكمة العليا - على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر بتاريخ 1987/02/09 الذي جاء فيه "من المقرر شرعاً أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعاً من جراء طلاقه لها، و من المقرر أيضاً أن النشوز لا يعمل به شرعاً إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقوانين الشرعية" (4).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33762، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص 119.

(2) مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق، ص 104.

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية، نفس المرجع السابق، ص 107.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، ملف 189324، الاجتهاد القضائي

لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 147.

كما أن إمتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا و هذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19/05/1998 الذي جاء فيه "... و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق و أن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على إعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك و طالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن إمتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا..." (1).

و حتى إشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17/02/1998 حيث جاء فيه : " من الثابت شرعا و فقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة و طلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة، و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة بإعتبارها ناشز، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون و الشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا، بل إشتطرت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها و هو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون، و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه " (2).

إضافة إلى هذا فإمتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21-11-2000 الذي جاء فيه " إن إمتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا و أن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفا في حقها و تستحق التعويض جبرا للضرر " (3).

2/ تعتبر الزوجة ناشزا إذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم منعه من الدخول و لم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر و لم تترك له فرصة للبحث عن مسكن لأن منعها له من غير طلب سابق و الإمهال خروج عن طاعته (4).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 19/05/1998 ، ملف رقم 189324، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص 147.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 17/02/1998، ملف رقم 184055، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998 ، ص 85.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 21/11/2000، ملف رقم 251682، المجلة القضائية لسنة 2001، ص 290.

(4) الدكتور رمضان علي، السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، 2001، ص 202.

3/ خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأمر أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا، وجدنا فيه إختلافات كبيرة بين الفقهاء في إعتبار الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل و لو إلى الحج إلا بإذن زوجها (1).

و هناك رأي آخر و هو رأي فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها و ليس للزوج أن يمنعها من ذلك، و إن كان أبوها مريضا مرضا معقدا و إحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه و إن كان غير مسلم و إن أبى الزوج، و ليس للزوج منع أبويها و غيرهم من المحارم زيارتها (2).

و يرى أن الشافعية أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها و نحوها كالعيادة و التعزية، و لا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزا عرفا (3).

و نميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية و الشافعية لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة و أخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك و نؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها و للأمر و الزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يحدد الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية و كذا الزيارات التي تعتبر شرعية و ذلك وفقا لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهليهما و تقاليدهم.

4/ قضية سفر الزوج بزوجه و كون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزا أم لا تعددت فيها آراء الفقهاء و الرأي الراجح في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجه أن يسافر بها إذا كان مأمونا عليها ، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها و امتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزا (4).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 19/05/1998، ملف 189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص147.

(2) مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق، ص113.

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية، نفس المرجع السابق، ص133.

(4) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص342.

و عليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها و متابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد إشتربت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك، و يترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف و الملابس التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، و منع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع و يأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأمونا على نفس الزوجة و مالها و لا يقصد بنقلها الكيد و الإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن و لا تخفى على فطنة القضاة (1).

ثانياً : أما عن نشوز الزوج فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها، أو المبيت عندها أو هجرها بالمرة أو إيذائها بالضرب و السب و ما إلى ذلك من ضروب الإهانة و التعسف، فيصدق على الزوج وصف الناشز إذا منع زوجته من حقوقها، و لو في بعض منها و يسئ خلقه معها و هناك العديد من الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا و بالتالي يمكن للزوجة أن تطلب حل الرابطة الزوجية و الحصول على التعويض طبقاً لنص المادة 55 من قانون الأسرة و نذكر منها:

1/ نشوز الزوج عن طريق الظهار: قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل على الفرقة و إنما على تحريم الحياة الزوجية، فهي تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى علاقة محرمة، و ذلك بأن نسب زوجته إلى إحدى محارمه فيقول لها أنت علي كظهر أمي أو نحو ذلك، و الظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجد التأييد سواء كان ذلك بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع (2).

2/ نشوز الزوج عن طريق الإيلاء: الإيلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق القربان على ما يشق، فالحلف بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه فهو إيلاء (3).

3/ نشوز الزوج عند هجره للأسرة و إهماله لواجباته لمدة تتجاوز شهرين، فالزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين و يتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، يعتبر ناشزا كما أن الزوج الذي يتخلى عمداً و لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بحاملها و ذلك بغير سبب جدي يعتبر ناشزا.

(1) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق، ص117.

(2) الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص46.

(3) الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، أغسطس 1957، ص 343.

4/ نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق : إن إمتناع الزوج عن الإنفاق عن زوجته دون سبب شرعي يعد نشوزا منه، و عدم الإنفاق إذا أثبت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضى فيه يعد سببا من أسباب التطلق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، و إشتراط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي و صيرورة هذا الحكم حائز لقوة الأمر المقتضى به فيه غين للزوجة، لذلك فإنه من الأحسن أن يكون إثبات نشوز الزوج لعدم الإنفاق طبقا للقواعد العامة للإثبات (1)، و إمتناع الزوج عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاءا يعد نشوزا منه و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/4/21 حيث جاء فيه " من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و التعويض للطرف المتضرر و متى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بإمتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة و تعويضها، طبقوا صحيح القانون...".

الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية و إنحلالها

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج و إنحلاله :

آثار الزواج المالية هي حقوق مالية للزوجة على الزوج و هذه الحقوق نوعان فمنها ما يجب مرة واحدة لا أكثر و هو المهر، و منها ما يستمر بإستمرار الزوجية و هو النفقة و قد تناولنا موضوع النفقة دون موضوع المهر لكون تدخل القاضي في هذا الأخير يعتبر محدودا مقارنة بالنفقة، كما أننا تناولنا الآثار المالية الناتجة عن إنحلال الزواج و حاولنا تبيان دور القاضي في ذلك و هذا في مطلبين إثنين.

المطلب الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج و تقدير القاضي لها :

المقصود بآثار عقد الزواج هو النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد إنعقاده، و تعتبر النفقة من أهم الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه حسب نص المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، و يقصد بالنفقة ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه من طعام و كسوة و دواء و مسكن و كل ما يلزم من ضروريات الحياة و ذلك بحسب المتعارف عليه بين الناس و حسب قدرة الزوج المالية (1).

و قد نصت المادة 74 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون، و السبب المباشر لوجوب النفقة للزوجة على زوجها هو حق الزوج في إحتباسها و دخولها في طاعته و إستيفائه لحقوقه الزوجية، و من خلال ما جاء في مواد قانون الأسرة يتضح لنا أن الشروط الواجب توافرها حتى تجب نفقة الزوجة على زوجها هي:

أولا : الدخول بالزوجة.

ثانيا: أن يكون عقد الزواج صحيحا.

ثالثا: أن تكون الزوجة سالحة للمعاشرة (2).

(1) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص 235.

(2) الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، سنة 1996، دار هومة، ص227.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على أنه : " تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "، و بهذا يجب على القاضي الذي سيحكم، بمثل هذه النفقة للزوجة، أن يضع نصب عينيه كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة .

و حسن فعل المشرع الجزائري في قانون الأسرة عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة و في إطار المستوى العام للحياة الإجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف و لا تقصير، ذلك أن ما إعتبره المشرع من الضروريات في العرف و العادة يتغير حسب الزمان و المكان و أحوال الناس لأن ظروف الحياة في تغيير مستمر، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت لازما في وقت لاحق، و ما يعتبر من الضروريات في منطقة معينة هو من الكماليات في منطقة أخرى، و هذا ما يبرز لنا السلطة الواسعة التي أعطاه المشرع للقاضي في تقدير النفقة على حسب عادات و أعراف المنطقة و كذا حالة الأطراف من عسر أو يسر .

كما أن المادة 79 من قانون الأسرة منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة على أن يراعي حالة الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، و عليه مراعاة ظروف المعيشة و غلاء الأسعار من يوم الطلب (1) ، على ألا تقل قيمة مبلغ النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر (2) ، و من هنا كان من الجائز الزيادة أو الإنقاص في قيمة النفقة حسب تغير حالة الزوج المالية أو الأسعار في البلد غير أن القانون قيد القاضي بعدم مراجعة قيمة النفقة قبل مضي سنة على فرضها إلا في الحالات الإستثنائية، و أكدت المحكمة العليا ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم و لا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة" (3) ، و يتبين أن هذه المدة معقولة حيث أن الأسعار لا تتغير في أقل من مدة سنة حتى و إن كان هناك تغيير فإنه لا يكون تغيرا كبيرا (4).

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 227.

(2) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص 174.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 136604، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد الثاني، ص 89.

(4) الدكتور بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص 176.

و رغم أن طالب النفقة قد يتجرأ على طلب مبالغ ضخمة من المكلف بدفع النفقة، حيث تصل أحيانا إلى مبالغ خيالية لا يحكمها عقل و لا منطق و في إنعدام مراقبة الضمير فإن القاضي ستكون مهمته صعبة في تقدير مبلغ النفقة وفق ميزان عادل (1) ، و مع ذلك ستكون سهلة نوعا ما إذا حكم ضميره، و إعتد في تقديره على مراعاة الأيسر و الأسهل على الزوج في الدفع، ذلك أن الهدف من إصدار الأحكام القضائية هو الوصول إلى حسن تنفيذها فإذا كان في حكم القاضي نوع من الإرهاق للمكلف بالنفقة و تحميله مالا طاقة له به فهنا نجده يمتنع عن أدائها و بالتالي تضيع الحكمة من الحكم بالإلزام الزوج قضائيا بها، حيث أنه من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج أي على القاضي أن يقدر المبلغ المستحق وفق قدرة المكلف، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/16 و الذي جاء فيه " من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة و من المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " (2).

و ما تجدر الإشارة إليه أنه يصح أن تفرض النفقة سنويا أو شهريا أو أسبوعيا أو يوميا حسب ما هو ميسور للزوج، و المتعارف عليه الآن و جاري به العمل في المحاكم هو فرض أجرة شهرية للنفقة بكل أنواعها بدون تفصيل مع مراعاة الكفاية في الطعام و الكسوة و السكن حسب حالة الزوجين.

بالنسبة لنفقة السكن، مما تقدم عرفنا أن النفقة تشمل السكن، فيجب إذن على الزوج إعداد مسكن مستوفي للشروط الشرعية، كما يتضح من المادة 78 من قانون الأسرة، و إذا لم يتم بذلك فرض القاضي للزوجة أجرة المسكن إذا طلبت ذلك، و عليه أن يراعي في هذا المسكن ملائمة لحال الزوج المالية و بيئته و أن تأمن فيه الزوجة على نفسها و متاعها و أن يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث و فراش و مرافق ضرورية، و أن يكون المسكن خاليا من سكن الغير و لو كان من أهل الزوج، أي على القاضي عند حكمه على الزوج بتوفير سكن للزوجة أو بدفع بدل الإيجار أن يراعي أولا حال الزوج كما تم بيانه، ثم ينظر في الشروط السابق ذكرها في السكن، و إضافة إلى ما تقدم بخصوص مشتملات النفقة هناك ثمن الدواء و العلاج الذي يقع ضمن النفقة المقررة للزوجة على زوجها و ذلك وفقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 227.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/01/16، ملف رقم 51715، المجلة القضائية

بالنسبة لتاريخ إستحقاق النفقة، فقد نصت المادة 80 من قانون الأسرة بأنه :
"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " (1)، و يتضح من خلال نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى و تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، و لا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى كقاعدة، و لكن يحدث في الواقع أن ترفع الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها طالبة النفقة لها و لأولادها لمدة طويلة سابقة قد تمتد إلى شهور و سنوات و تقديرها من طرف القاضي يكون بمبالغ خيالية، و عادة ما يكون الزوج عاجزا عن دفعها، و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة بل يجب أن يحكم لها بما تستحقه هي و أولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى وإبتداءا من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم كقاعدة عامة، إلا أن المادة 80 من قانون الأسرة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لمدة سنة واحدة سابقة لتاريخ رفع دعوى النفقة التي تستحقها هي و أولادها شرعا، بشرط أن تثبت عدم الإنفاق، و الإثبات هنا يكون بكل طرق الإثبات.

كما أن المادة 57 مكرر من نفس القانون نصت على أنه " يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة... و المسكن " (2)، و تقدير حالة الإستعجال يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

فنتيجة الإهمال في عدم رفع الدعوى لا يعني سقوط الحق، فتبقى ذمة الزوج مشغولة بنفقة ما قبل هذه المدة، إن لم يكن قد أداها، و لو أدى هذه النفقة مما وراء المدة يعتبر مؤديا حقا و ليس له إسترداده.

أما بخصوص مراجعة تقدير النفقة فإن المادة 79 من قانون الأسرة تقرر بوضوح إمكانية ذلك بعد مضي سنة من تاريخ الحكم، إذا تغير حال الزوج الذي أتخذ أساسا لتقدير النفقة أو تغيرت الأسعار تغيرا كبيرا زيادة أو نقصا، فيجوز لكل من الزوجين الذي يتأثر حقه بهذا التغير أن يطلب تعديل النفقة زيادة أو نقصا، و مجال تدخل القاضي في هذه النقطة واسع جدا فهو الذي يقدر مدى تأثير تغير حال الزوج أو الأسعار على المبالغ المحكوم بها (3).

(1) المادة 80 من قانون الأسرة، المرجع السابق.

(2) المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، نفس المرجع السابق.

(3) المادة 79 من قانون الأسرة، نفس المرجع السابق.

بالنسبة لمسقطات النفقة على الزوج، فإذا تحققت شروط وجوب النفقة إستحققتها الزوجة لها و لأولادها بالتراضي أو بالتقاضي و لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة، فالنفقة على الزوجة واجبة بتوفر عقد صحيح حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة كما أشرنا إلى ذلك، و لا بد أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة لتحقيق أغراض الزواج، و إذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة و ذلك ما يظهر في الزوجات الآتية :

* المعقود عليها بعقد فاسد، و كذلك المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد، فهاتان لا نفقة لهما لفقدان إحدى الشروط الأساسية لوجوب النفقة و هو عقد الزواج الصحيح و كذا إنعدام الاحتباس المشروع .

* الزوجة المريضة قبل أن تزف و لم يدخل بها، و على عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية (1).

* الزوجة الناشز و هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي، و التي خرجت من بيت زوجها بلا إذن و بغير وجه شرعي، و بالتالي فقد فوتت حق الاحتباس على الزوج، و على العموم فإن سقوط النفقة على الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد تقدير القاضي وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في تقرير النشوز من عدمه، و بعد تبليغها بالحكم النهائي القاضي برجوعها لبيت الزوجية، و ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم (2).

كل هذا بالنسبة لنفقة الزوجة أما نفقة الأولاد و الأقارب، فكافة الأحكام السابقة في تقدير النفقة من طرف القاضي للزوجة تنطبق على الأولاد إلا بعض الإستثناءات و بعض الأحكام التي خص بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الأولاد و الأقارب بحيث نص في المادة 75 من قانون الأسرة أنه : " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب " (3).

(1) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 177 - 178.

(2) المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/04/21 - ملف رقم 40428 - المجلة القضائية لسنة 1997- العدد 4 - ص 69.

(3) المادة 75 من قانون الأسرة، المرجع السابق.

أما المادة 76 منه فقد نصت على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " ، و منه نتوصل إلى النتائج التالية :

1/ أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام، و لا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد ما يمكن أن ينفق منه على نفسه، و ذلك بغض النظر عن كون الولد موسرا أو معسرا (1) ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/16 الذي جاء فيه : "... النفقة على الإبن واجبة على الأب تجاه إبنه المحضون ..."(2).

2/ إن مدة وجوب النفقة للأبناء على الآباء مدة مؤقتة أحيانا و مستمرة أحيانا أخرى، فهي تنتهي بالنسبة إلى الولد الذكر السليم عند بلوغه سن الرشد المدني و هو سن 19 سنة، و تنتهي بالنسبة للفتاة السليمة عند زواجها و دخولها إلى بيت زوجها (3) ، و في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 جاء فيه : " أن القضاة لما قضاوا بحرمان البنين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل لبيت الزوجية أو حصولها على كسب و عليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة " (4).

أما إذا تعلق أمر وجوب النفقة بولد أو فتاة ممن أعجزهم المرض العقلي أو البدني عن الكسب أو كانوا ممن يزالون التعليم و الدراسة، فإن وجوب النفقة على الأب يبقى مستمرا و لا يسقط هذا الواجب على الأب إلا بشفاء المريض، و إنقطاع الطالب عن طلب العلم أو بإستغناء أي منهم عن النفقة بالكسب الحلال و بالوسائل المشروعة (5) ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/02/17 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا بأنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب و متى تبث- في قضية الحال- أن الولد المنفق عليه معوق و يتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون " (6).

(1) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص197.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216886، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص203.

(3) الأستاذ عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص198.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم 218736، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص206.

(5) الأستاذ عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص198.

(6) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 179126، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 198.

3/ إن مبدأ وجوب نفقة الأبناء على الآباء يستلزم بالضرورة أن يكون الأب موسرا وقادرا على الكسب، و الإبن فقير و عاجز على الكسب أيضا، أما إذا أصبح الأب فقيرا و عاجزا عن الكسب و توفير المال اللازم بالإنفاق على نفسه و على زوجته و أولاده فإن واجب الإنفاق على الولد الصغير الذي ليس له مال ينتقل من على كاهل الأب إلى كاهل الأم، و تصبح هي الملزومة بالإنفاق على أولادها سواء بصفة مؤقتة أو بصفة مستمرة، و لكن هذا الواجب لا ينتقل إلى الأم إلا إذا كانت ذات مال و ذات مدخول (1).

و يتضح مما تقدم أن للقاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية دورا مهما و حساسا في تقرير و تقدير قيمة النفقة للزوجة و الأولاد، و أن مجالها واسع خاصة في البحث عن قدرة الزوج و ظروف و حالة الطرفين و البيئة التي يعيشون فيها و تغير ظروف المعيشة و غلاء الأسعار و إنخفاضها، كل هذا يفرض على القاضي المختص أن يكون باحثا إجتماعيا و إقتصاديا يعلم بكل التغيرات الواقعة بالإضافة إلى إحترام القواعد التي وضعها المشرع في قانون الأسرة من خلال المواد 74 إلى 80 و كذا أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة حتى يستطيع الوصول إلى قرار سديد و عادل لا يظلم فيه أحد.

و قد إستقر إجتهد المحكمة العليا أن تقدير النفقة يكون بنفقة شهرية بكل مشتملاتها بدون تفصيل مراعي في ذلك الكفاية في الطعام و الكسوة وكل ما هو من الضروريات حسب حالة كل من الزوجين، كما أنها اعتبرت -المحكمة العليا- أن تقدير النفقة يعد مسألة موضوعية من إختصاص و تقدير قضاة الموضوع.

المطلب الثاني : الآثار المالية الناتجة عن إنحلال الزواج و تقدير القاضي لها :

لاشك و أن الطلاق يرتب أضرار لأحد الزوجين و لو من باب خدش الشعور، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في عدة مواد من قانون الأسرة مثل المواد 52، 53، مكرر، 55 من هذا القانون، و ترك للقاضي سلطة تقدير الضرر و الحكم للطرف المتضرر بتعويض عادل، و ما دام الأشخاص يختلفون بإختلاف البيئة و الثقافة و التربية و المكانة فيمكن القول بأن معيار الضرر و مسبباته تتباين بدورها بتباين طبائع الأشخاص و عاداتهم و تقاليدهم و سننهم في الحياة، و عليه فالمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي و ما دام كذلك فإن تقدير الضرر عنصر واقعي في الدعوى أي واقعة مادية، لذلك فتقدير القاضي للضرر يندرج ضمن تقديره للوقائع و تقدير الوقائع من طرفه يعتبر إحدى المراحل الأساسية للحكم القضائي.

و الطلاق قد يكون بإرادة الزوجين أو بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوجة إذا توافرت لها الأسباب المقررة قانونا، و عليه فإن درجة الضرر الحاصلة لإحدى الزوجين من الطلاق تختلف بحسب الطرف الذي طلب إنهاء الرابطة الزوجية، و بحسب الأسباب التي دفعت إلى ذلك.

ففي حالة الطلاق بالتراضي : إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى الطلاق و اتفقا على ذلك بأن أدركا استحالة استمرار العشرة الزوجية بينهما فإن القاضي لا يملك سوى الإشهاد لهما على الإتفاق الحاصل بينهما، فإذا تنازلت المطلقة على حقها في التعويض فإنه يشير إلى ذلك في الحكم و قد يعرض عليها المطلق مبلغ مالي مقابل الطلاق بالتراضي فتقبل به و عليه ذكر ذلك في الحكم.

أما في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهل أن مجرد طلب الزوج للطلاق يجعل الطلاق تعسفيا و يترتب عليه إلزامه بدفع التعويض ؟ إن العصمة الزوجية بيد الزوج و عليه فإذا طالب بالطلاق و أصر عليه رغم محاولة الصلح التي يجربها القاضي و الحكامين، فإن القاضي لا يملك سوى الإستجابة لطلبه و لكن إنطلاقا من قاعدة "لا ضرر و لا ضرار" و حتى لا تحس المرأة المطلقة أن هناك إجحاف في حقها و أن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما شاء، فإن المشرع قد منح لها الحق في طلب التعويض إذا ما أصابها ضرر من هذا الطلاق طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " (1)، فالرجل و إن كانت العصمة بيده فإنه لا بد أن يبرز الدوافع التي أدت إلى مطالبته بالطلاق، فإن كانت المبررات جدية حسب تقدير القاضي المختص فإن طلاقه لا يعد تعسفيا، و بالتالي فالسؤال المطروح هو هل أن الزوجة تستحق التعويض عن الطلاق إذا كان مبررا من طرف الزوج؟.

بالرجوع إلى القاعدة العامة فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر و إنطلاقا من المادة 124 من القانون المدني الجزائري فإن كل من أحدث ضرر للغير بخطئه يلزم بالتعويض (2)، و إستنادا على المادة 124 مكرر التي تنص على التعسف في إستعمال الحق، فإنه يجب إثبات الضرر و الخطأ (3)، لكن بالنسبة لقضايا الطلاق و الضرر

(1) المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(2) المادة 124 من القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، الجريدة الرسمية ص 18.

(3) المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، نفس المرجع السابق.

الناتج عنه فيلاحظ أن المعمول به في الغالب هو أن الضرر مفترض دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي إعتد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي، أو منعدم تماما لأنه إذا إنعدم التبرير أو كان غير كاف فإن ذلك يفهم منه أن الزوج تعسف في إستعمال حقه في الطلاق.

لكن قد يكون طلب الزوج للطلاق بسبب من الزوجة التي إمتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية رغم صدور حكم قضائي بإلزامها بالرجوع، فمتى أثبت الزوج أن حكم الرجوع قد أصبح نهائيا و أنه سعى لتنفيذه إلا أنها إمتنعت، فهنا يستجاب لطلبه المتضمن الطلاق و يكون ذلك بسعي منه و بتظليهما لنشوزها و في هذه الحالة فإنها تحرم من حقها في التعويضات.

و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو : هل أن التعويض و نفقة المتعة شيئان مختلفان أم أنهما شيء واحد؟.

لم يأت المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون الأسرة بأي مادة قانونية تشير إلى ما يسمى بالمتعة بل أشارت فقط لحق المطلقة طلاقا تعسفيا في التعويض في نص المادة 52 من قانون الأسرة، و نص في المادة 53 مكرر أيضا أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، و عن موقف الإجتهد القضائي بخصوص نفقة المتعة فإن المحكمة العليا أصدرت قرار جاء فيه: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا " (1) ، فالمحكمة العليا قررت أن نفقة المتعة هي نفسها التعويض.

هناك إشكال أخرى و هو ما مدى استحقاق المطلقة قبل البناء للتعويض عن طلاقها، من المقرر شرعا و قانونا أن المطلقة قبل البناء تستحق نصف المهر، فهل يسمى هذا المهر تعويضا عندما يمنحه القاضي في حكمه ؟ المشرع الجزائري لم يشر في قانون الأسرة إلى حقوق المطلقة بصفة عامة، و بما أن التعويض هو جبر للضرر الحاصل للمطلقة فإنه لا يعقل أن يأخذ نفس تسمية المهر ذلك أن المهر هو حق شرعي للزوجة، و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا وجدنا القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 و الذي جاء فيه: "... و لما ثبت - في قضية الحال- أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض الممنوح له..." (2).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص89.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 135435، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 1، ص129.

و تجدر الإشارة إلى أن المطلقة تحرم من التعويض إذا كان الطلاق بتظليهما، فإذا تأكد القاضي أنها هي المتسببة في الطلاق بتصرفاتها و إذا تبين له نشوزها، فإنها تحرم من التعويض، كذلك إذا كان الطلاق بواسطة الخلع فإنها لا تستحق أي تعويض، و هناك حالات تحرم فيها المرأة من التعويض و علاوة على ذلك تلزم بدفع التعويض لزوجها في حالة الطلاق، ذلك أنه إذا ثبت نشوزها كان من حق الرجل المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/04/27 و الذي جاء فيه : " متى كان من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقاً للقانون، و من ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجأ إلى طلب التطلق بعد نشوزها فإن ذلك يعدد سبباً كافياً لاعتبار الزوج متضرراً من هذا الطلاق و عليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر و التعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم " (1).

أما بالنسبة لتقدير التعويض المستحق للمطلقة فهو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق و هو يخضع لسلطته التقديرية و لا يمكن تقييده أو حصره، و على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات و هي مدخول الرجل و ظروف المعيشة و حتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معاً، و بالرجوع إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 و الذي جاء فيه : " إن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها " و عليه فحتى و إن كان تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي إلا أنه ملزم بذكر أسباب تحديده (2).

و في نهاية هذا المطلب إرثينا معالجة نفقة العدة، فوجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المترتبة عن إنحلال الرابطة الزوجية، و هي أجل ضربه الشارع لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته، و قد تناول المشرع موضوع العدة في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة و سنركز دراستنا حول آثار العدة و سلطة القاضي التقديرية في ذلك حيث نص المشرع في نص المادة 61 من قانون الأسرة بأنه: " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق ".

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1993/04/27 ، ملف رقم 909047 ، الموسوعة القضائية لسنة 2000.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18 ، ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الثاني ، ص 65.

و من خلال إستقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، و ذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام و لمصلحة الرجل الذي تعدد لصيانة النسب إليه، و لذلك على المحكمة أن تحكم بها و تحددها و تشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق حتى و إن كان ذلك بتظليهما و ذلك للعبارة المذكور أعلاه، و هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/10/22 و الذي جاء فيه " متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية " (1) .

و حق نفقة العدة ربطه المشرع بمكوث الزوجة في بيت زوجها أي أن هذا الحق يسقط إذا تركت المطلقة مقر الزوجية و لم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي، و تعتبر و كأنها ناشز، و على القاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها و ذلك لاعتبار أن النفقة هي حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية و لا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا، أو تنازلت عنها الزوجة صراحة، و على القاضي كذلك أن يراعي حال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 المذكور أعلاه.

و نستنتج من خلال إستقراء نصوص المواد 58، 59، 60 من قانون الأسرة أنه على القاضي عند تقديره لقيمة نفقة العدة أن يأخذ بعين الإعتبار مدتها حسب ما هو مقرر شرعا و قانونا و ألا يفوق في تقديرها مدة 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق على إعتبار أن المشرع إعتبرها أقصى مدة للحمل، أما المعتدة من وفاة فنجد أن المشرع لم ينص على حقها في نفقة العدة على إعتبار أنها لا تستحقها لكن هناك من يرى أن للمتوفى عنها زوجها الحق في نفقة عدة تأخذها من تركة زوجها، أما بالنسبة لنفقة الإهمال التي يحكم بها القاضي يجب عليه أن يراعي في ذلك حال الطرفين في تقديرها و المدة التي بقيت خلالها الزوجة دون إنفاق بحيث تشمل النفقة الغذائية و الكسوة و غيرها كما تم بيانه في المطلب الأول من هذا المبحث أي تطبق عليها كافة الأحكام التي تعرضنا لها في هذا المطلب.

المطلب الثالث : مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت :

يعتبر النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لإنحلال الرابطة الزوجية و قد عالجها المشرع الجزائري بنص واحد و هو المادة 73 من قانون الأسرة و التي تطرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها و فيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، و قد نصت هذه الأخيرة على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بيعة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين " (1).

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع لنا قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بيعة حكم له القاضي بمقتضى البيعة، و إن لم تكن لأحدهما بيعة على دعواه فالقول قول من يشهد له الظاهر بذلك، أي ما يصلح للرجال عادة كأدوات الصيد و أدوات التجارة و ما يتعلق بمهنته، و طلبه الزوج و نازعت فيه الزوجة و أنكرت ملكيته له دون بيعة، فإنه يحكم به للرجل مع يمينه، و أن ما يصلح لإستعمال النساء عادة كالحلي و أدوات الخياطة و ما شابه ذلك و طلبته الزوجة دون بيعة فنزاع فيه الزوج و أنكر ملكيتها له فإنه رغم ذلك يحكم به لها مع يمينها و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17/03/1992 الملف رقم 81455 . (2).

و من الناحية العملية نجد أن النزاع يثور حول ملكية المتاع الذي تجلبه الزوجة معها في زفافها و الذي إشتريته بالمهر المقدم لها على إعتبار أن العادات تلزم على الزوجة أن تشتري بعض الأثاث من صداقها، رغم أن هذا الصداق ملك لها، فهنا لا يجد القاضي معيارا لتحديد المشترك من الأثاث و ما هو معتاد للنساء أو للرجال، و يمكننا القول أن هذا المهر قدم للزوجة نحلة و منه كافة الأثاث و المتاع الذي أحضرته معها و إشتريته من المال المقدم لها كصداق هو ملك لها و على القاضي أن يحكم، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك بالبيعة.

(1) المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 17/03/1992، الملف رقم 81455 .

و في حالة ما إذا كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح لاستعمال الرجل و المرأة و ليس لكلاهما بيعة على امتلاكه فنجد هنا رأيين :

* الرأي الذي ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16/01/1989 و الذي جاء فيه: " إن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبيعة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه" (1).

* و الرأي الثاني أنه إذا وقع النزاع حول بعض متاع البيت و لم يكن لأحد الخصمين بيعة و لم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لاستعمال النساء و ما يصلح لاستعمال الرجال، فإن حل هذا النزاع لا يمكن أن يتم إلا بالحكم بتقسيم متاع البيت بينهما منصفة.

و الراجح و الأصح أنه على القاضي أن يعمل سلطته التقديرية في تحكيم العرف، و يقضي بما يقضي به عرف تلك المنطقة في المعتاد أن تأتي به الزوجة عند زواجها فيحكم لها به و إن تعذر عليه ذلك يأخذ بما جاءت به المادة 73 فقرة 2 من قانون الأسرة بأن المشتركات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين، و هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 21/04/1998 تحت رقم 189245(2).

و يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا و مشاهدا سواء أكان موجودا بمسكن الزوجية أو غيره من الأماكن، و بذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أي محل إنكار من المدعى عليه بناء على نص المادة 73 المذكورة أعلاه، كأن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الزوج الآخر، فهنا لا بد من إقامة الدليل على هذه القائمة و إلا توجه يمين النفي للمدعى عليه، أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى ذاكرا بأن المدعية قد تسلمت أمتعتها فقد انقلب إلى مدع و بذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه، و يقصد بالدليل، البيعة أو شهادة الشهود لإثبات ملكية المتاع لأحد الزوجين و على القاضي أن يقدر هذه الشهادة، و يسجلها في محضر، و الدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء، و على القاضي أن يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدى و إذا اختلف في تحديد قيمة الأمتعة بين الزوجين فهناك رأيان الرأي الأول يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر، و هذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/04/1988 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون " (3).

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 16-01-1989 ، ملف رقم 52212 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، ص55.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 21/04/1998 ، ملف رقم 189245 ، الاجتهاد القضائي ، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص242.

(3) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 11/04/1988 ، ملف رقم 49302.

أما الرأي الثاني فيرى أن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة و هو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 و الذي جاء فيه : " نقيم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع و التجار و ليس إلى القضاة " (1) ، و هو الرأي الراجح المأخوذ به لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، مهمة لا بد من اللجوء فيها إلى أهل الخبرة ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتحديدها.

و كما تم ذكره أنه في حالة عدم وجود بيينة جعل المشرع العرف دليل القاضي باعتباره المصدر الثالث للتشريع فنصت المادة 73 من قانون الأسرة على " المعتاد " فهذا اللفظ يقصد به ما جرى عليه العرف في تحديد ما يصلح للنساء من متاع البيت و ما يصلح للرجال، فإذا كان المتاع ما يصلح للرجال عرفا يحكم له به القاضي بعد أداء اليمين من الزوجة و العكس، و إن نكل فهو للزوج الآخر.

إذا تخلف الدليل لدى الزوجة لإثبات إدعائها بوجود المتاع ببيت الزوجية عليها أن تحتكم إلى ضمير زوجها و توجه إليه اليمين الحاسمة، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيستطيع منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق و له أن يرفض توجيه اليمين، إذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بشخص الحالف أو ليست منتجة في النزاع.

و يلاحظ أنه عند حضور الزوج أو ورثته أمام القاضي قد يدعون أن الزوجة أخذت المتاع من بيت الزوجية عند خروجها أي ينكرون وجوده بالبيت الزوجي فيرجع القاضي هنا للقواعد العامة للإثبات أي إثبات أن الزوجة أخذت المتاع إما بالكتابة و ذلك عن طريق محضر إثبات حالة يحضره المحضر القضائي يشهد فيه بأن الزوجة سلمت متاعها، أو بشهادة الشهود و يجب أن تكون هذه الشهادة واضحة و دقيقة حتى يمكن الاعتداد بها، بأنهم شاهدوا الزوجة و هي تحمل أثاثها إلى بيت أهلها، و في حالة عدم وجود أي دليل يدعم إدعائه فيمكن له أن يلجأ إلى آخر وسيلة للإثبات و هي توجيه اليمين الحاسمة لزوجته فإن حلفت سقطت دعواه و إن نكلت أو وردت عليه اليمين و حلفها كسب دعواه.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1999/05/18 ، ملف رقم 222651 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص248.

أما في الحالة العكسية أي في حالة إدعاء الزوجة بأنها تركت متاعها ببيت الزوجية و طالبت الزوج بإرجاعه لها، فإنها تكون بذلك هي المدعية و يقع عليها عبئ إثبات هذا الإدعاء، إما بالكتابة أو شهادة الشهود إذا لم يكن للزوجة دليل كتابي أو باليمين الحاسمة، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16/03/1999 و الذي جاء فيه: " إن المدعى عليه إذا أنكر الأمتعة المطالب بها، يفرض على قضاة الموضوع توجيه اليمين له على أساس إنكاره لوجود المتاع المطالب به عنده " (1).

و اليمين التي يوجهها القاضي تؤدي أمامه بالجلسة و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10/06/1997 الذي جاء فيه : " إن اليمين المنصوص عنها ضمن المادة 73 من قانون الأسرة تؤدي بالجلسة أمام قاضي الأحوال الشخصية الفاصل في موضوع النزاع و أن الحكم بأدائها بالمسجد الكبير يعد خطأ في تطبيق القانون " (2) ، و مسألة إثارة اليمين تعد من النظام العام يمكن لأي طرف التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى في شكل دفع و لو لأول مرة أمام المجلس القضائي و لا يمكن وصف ذلك على أنه طلب جديد، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها الصادر بتاريخ 19/07/1994 الذي جاء فيه: " من المقرر قانون أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي " (3).

و إذا وجهت اليمين إلى الخصم في نزاع أوردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة و يمكن تأديتها بحضور محامي الخصم لأن حضور هذا الأخير يغني عن حضور الخصم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 07/12/1987 و الذي جاء فيه: " كان مؤدى المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية أنها توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة ، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم ... " (4) ، و تجدر الإشارة أن اليمين التي جاءت في نص المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة تتم بداية الدليل.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 16/03/1999 ، ملف رقم 216836 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص245.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 10/06/1997 ، ملف رقم 163381 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص239.

(3) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 19/07/1994 ، ملف رقم 109595 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص236.

(4) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 07/12/1987 ، ملف رقم 47284 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول ، ص41.

المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في النسب و الحضانة :

تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع تجب المحافظة على متانتها و وحدتها لقيامها على أسس منظمة، و لما كان الأولاد في هذه الحياة هم عماد المستقبل أولاهم التشريع الإسلامي عناية كبيرة و خصتهم الشريعة الإسلامية بجانب كبير من الاهتمام فشرعت كثيرا من الأحكام المتعلقة بالطفل، إبتداءا من الزواج كوسيلة لإنجابهم و إيجادهم فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل و حضنته من الضياع و أبعدته عن العار، فأثبتت له النسب من والديه، و هذا أول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه، فإذا ثبت نسب الولد من والديه تفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل حقه في النفقة و الميراث، و يتقدم كل هذه الحقوق حق الطفل في الحضانة لضمان تربيته و رعايته و القيام بكل شؤونه.

و تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية، و كذا قانون الأسرة الجزائري لأجل توفير الحماية و الرعاية المادية و المعنوية للطفل و ذلك نتيجة الوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين و الذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة الزوجية التي لم تستمر و المشاكل التي تطرحها حول مصيرهم و من يكفلهم و كيفية الاعتناء بهم؟

سنركز في دارستنا على سلطة القاضي التقديرية في إثبات النسب و نفيه، و كذا تقديره للحضانة كالتالي:

المطلب الأول : تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه :

تناول المشرع الجزائري موضوع النسب في الفصل الخامس من القسم الثالث من الباب الأول في الكتاب الأول من قانون الأسرة و ذلك في المواد من 40 إلى 46 منه و سنحاول إبراز مجال تدخل القاضي في نقطتين أساسيتين :

الفرع الأول : أسباب ثبوت النسب :

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول (1) ، و من خلال نص هذه المادة فالنسب يثبت بالزواج الصحيح، فالعقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضائها بالطلاق أو الوفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا، و لم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة، و يكون العقد صحيحا إذا كان مستوفيا لجميع أركانه و شروطه التي نص عليها المشرع في المواد 09 و 09 مكرر في قانون الأسرة و الزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي بالفراش، فالولد لصاحب الفراش أي الزوج.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة ، و تعني إمكانية الاتصال بين الزوجين حدوث التلاقي بينهما فعلا كما قال أصحاب المذاهب الثلاث المالكية و الشافعية و الحنبلية، كما يشترط أن يكون الزوج ممن يأتي منه الحمل بأن يكون بالغا أو مراهقا على الأقل و خاليا من العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية، كما نص المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة على جواز اللجوء للتلقيح الإصطناعي و قيده بمجموعة من الشروط لا تخالف الشريعة الإسلامية (2).

كما يشترط حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة أن يولد الجنين بين أدنى مدة الحمل و هي ستة أشهر و أقصاها و هي عشرة أشهر لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هي الشهور المعتمدة في حساب أقصى مدة الحمل هل هي الشهور القمرية مثلما قال به الفقهاء أم هي الشهور الشمسية ؟ لم يجب المشرع الجزائري عن هذا السؤال إلا أن القضاء الجزائري يعتد بالأشهر الشمسية و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17 (3).

(1) المادة 40 من قانون الأسرة، المرجع السابق.

(2) المادة 41 و 45 من قانون الأسرة، نفس المرجع السابق.

(3) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 ، ملف رقم 210478 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 85.

إضافة إلى شرطي إمكانية الإتصال و ولادة الولد بين أدنى و أقصى مدة الحمل،
أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا لثبوت النسب بالزواج الصحيح و هو عدم نفي نسب الولد
من قبل الزوج بالطرق المشروعة، و هذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة، غير أن
المشرع لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب لذا وجب على القاضي الرجوع لأحكام الشريعة
الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع لهذه الأحكام نجد أنها حصرت
نفي النسب في طريق واحد يتمثل في اللعان (1).

و يعرف اللعان على أنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطم
فراشه و ألحق العار به أو إلى نفي الولد، و يشترط الفقهاء لصحته أن تتوافر فيه الشروط الآتية:
1/ قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين، سواء دخل بها أم لا، و بذلك لا يقع اللعان إذا كان
الزواج باطلا أو فاسدا.

2/ أن يكون كل من الزوجين عاقلا، بالغا، و ألا يكون هذا النفي سبقه إقرار بهذا الولد سواء كان
إقرارا صريحا أو ضمنيا بالقول أو بالفعل.

3/ ألا يكون للزوج بينة أخرى لإثبات زنا زوجته و إن تكون الزوجة ناكرة لذلك إنكارا صريحا
واضحا، و إذا تم اللعان، يفرق القاضي بين الزوجين فرقة مؤبدة و هذا ما ذهب إليه جمهور
الفقهاء (2).

لكن ما يأخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة أنها لم تبين الإجراءات الواجب
إتباعها في طريقة نفي الولد باللعان كما أنها لم تحدد المدة التي يتم فيها اللعان و لا المكان الذي
يتم فيه بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية يتم اللعان بأن يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه
لصادق فيما يتهمها به أن الولد ليس منه، و يقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من
الكاذبين، ثم بعد ذلك تحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه لمن الكاذبين فيما اتهمها به و تقول في
الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين (3).

(1) الدكتور أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون
الخاص، جامعة وهران، سنة 2000، ص80.

(2) الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، المرجع السابق،
ص374.

(3) الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص184.

أما عن مدة اللعان فقد قررت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1989/10/20 " أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية و الإجتهد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا " (1) ، إلا أننا وجدنا قراراً آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1985/02/25 قرر " أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا " ، و الراجح هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/08/20 حيث تعطي للزوج مدة معقولة للقيام بالإجراءات اللازمة لرفع الدعوى (2).

بالنسبة لمكان الملاعنة فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 إلى أن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق (3).

و عملياً يلاحظ أن القاضي يصدر حكماً قبل الفصل في الموضوع بتعيين محضر قضائي لحضور جلسة اللعان مع تحديد المسجد و تاريخ الجلسة و توضيح صيغة اللعان. و السؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن نفي النسب بواسطة الطرق العلمية للإثبات و هل تدخل هذه الأخيرة ضمن الطرق المشروعة التي نصت عليها المادة 41 من قانون الأسرة؟ فبالرجوع إلى نص المادة 40 نجد أنها أجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لكنها لم تتكلم عن نفيه و نحن نرى أنه بمفهوم المخالفة لهذا النص يمكن للقاضي اللجوء للطرق العلمية لنفي النسب و سنبين الطرق العلمية التي يمكن للقاضي اللجوء إليها عند تناولها لمسألة طرق إثبات النسب.

كل هذا عن ثبوت النسب عند قيام الرابطة الزوجية، أما مسألة ثبوت النسب بعد إنحلال الرابطة الزوجية لابد أن نشير لمسألة ثبوت ولد المطلقة بعد الدخول فالمشرع أشار في المادة 43 من قانون الأسرة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، و أشار في المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، في حين أن المادة 60 من قانون الأسرة أشارت أن أقصى مدة الحمل 10 عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة و السؤال الذي يطرح نفسه هل المدة القصوى للحمل يبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق أو من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين ؟ فطبقاً للقواعد الشرعية يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1998/10/20 ، ملف رقم 204821 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 82.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1985/02/25 ، ملف رقم 35934 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول ، ص 89.

(3) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1997/10/28 ، ملف رقم 172379 ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 70.

و ما تجدر الإشارة إليه أنه على القاضي أن يتأكد قبل إلحاقه للنسب من توافر أركان و شروط الزواج و هذا ما هو معمول به في قضايا إثبات الزواج العرفي و إلحاق النسب، إضافة أن نكاح الشبهة يمكن أن يثبت النسب به حسب نص هذه المادة، و ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع كان يتكلم عن الوطئ بشبهة، فنحن نرى أن عبارة النكاح بشبهة لم تكن في محلها لأن هذا الأخير ما هو إلا صورة من صور الزواج الفاسد و الذي هو أيضا سبب من أسباب ثبوت النسب.

الفرع الثاني : طرق إثبات النسب :

الإقرار هو طريق من طرق إثبات النسب و يوجد هناك الإقرار بالبنوة و الأبوة و الأمومة كأن يدعي أب أو أم بنوة ولد معين أو يقوم ولد بإدعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة رجل معين، و هناك الإقرار في غير الأبوة و الأمومة و مثال ذلك أن يقر شخص بأن شخصا آخر أخوه أو ابن عمه، و الفرق بين النوعين أن النسب يثبت مباشرة بالإقرار المجرد مادامت شروط الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير قد توافرت، أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به النسب مباشرة و إنما لا بد من البينة.

بالنسبة لإثبات النسب عن طريق البينة فقد رفضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 15/06/1999، إجراء فحص الدم و إعماله كدليل لإثبات النسب و هذا معناه أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل الكتابة و القرائن، و أخذت بالمعنى الخاص، أي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة (1) ، لكن بعد التعديل الأخير الذي طرأ على نص المادة 40 من قانون الأسرة أضاف المشرع الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب.

بالنسبة لإثبات النسب بالطرق العلمية فالمشرع لم يحدد لنا هذه الطرق و لم يحصر لنا صورها علما أن الأبحاث العلمية في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بأنه ظني الثبوت و لا يقدم سوى مجرد احتمالات و مثال ذلك نظام فحص الدم، و هناك طرق أخرى قطعية الإثبات كالبصمة الوراثية و هذه الأخيرة هي التي قصدتها المشرع، و السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد، هل يوجد تعارض بين لجوء الزوجة لإستخدام الطرق العلمية لإثبات نسب مولودها من الزوج و بين طلب الزوج إجراء اللعان؟.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 ، ملف رقم 22274 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص88.

الإجابة على هذا التساؤل متعلقة بالقاعدتين الأصوليتين التاليتين " أن اليقين لا يزول بالشك " و قاعدة " البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر " و عليه يمكن القول أن اللعان ليس من لزومه نفي النسب، لأن اللعان يقوم بنفي النسب على الشك لا على اليقين، على عكس ما تؤكد البصمة الوراثية.

بقيت مسألة غاية في الأهمية متعلقة بسلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب و مدى حجيتها، حيث أنه طبقا للقواعد العامة فالخبرة القضائية بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبير كليا أو جزئيا كما له أن يحكم من دونه، لكن يرى البعض إمكانية الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بالخبرة العلمية في مجال إثبات النسب إستنادا إلى القيمة العلمية لهذه الطرق و نتائجها القطعية كالبصمة الوراثية مثلا.

و في ختام هذا المطلب لابد أن نشير أن هناك قاعدة فقهية إعتدتها المحكمة العليا في العديد من قراراتها، تمكّن من إثبات النسب حتى مع الشك، فعلى القاضي أن يبحث بشتى الطرق و أن يحاول إثبات نسب الطفل بذلك لأن النسب حق من حقوق الله و حتى لا نترك هذا الصغير من دون نسب لأن في ذلك آثار جد وخيمة عليه و على المجتمع و هذه القاعدة هي قاعدة إحياء الولد (1).

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة :

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بأمره و ذلك برعاية كافة شؤونه من تدبير طعامه و ملبسه و تنظيفه و وقايته مما يعرضه للهلاك و الضرر، و قد عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بنصها " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " (2).

و قد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة كأثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في قانون الأسرة الجزائري و ذلك في المواد من المادة 62 إلى المادة 72.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1998/12/15 ، ملف رقم 202430 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 77.
(2) المادة 62 من قانون الأسرة ، المرجع السابق.

و بإستقراء مجمل نصوص هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري فتح الباب واسعا للقضاة لإعمال سلطتهم التقديرية بإعتماده أساسا على مصلحة المحضون كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة، و لذلك سنحاول إبراز دور القاضي في مسألة الحضانة و ذلك في النقاط التالية:

الفرع الأول : دور القاضي في إسناد الحضانة :

بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية نجد أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية و لا يقصد هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة، فالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة و محفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل و القاضي هو الذي يحدد الشروط و مدى توافرها في الشخص الذي تستند إليه الحضانة و ذلك وفقا لما يتمتع به من سلطات واسعة في هذا المجال، و المشرع لم يحدد له شروطا و مواصفات محددة و ما عليه إلا الإعتماد على نص المادة 222 من قانون الأسرة و الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي نجد أنها فصلت في شروط الحاضن و نذكر منها:

أولا : شرط العقل : و هذا الشرط يتماشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه و يرعى شؤونه و بالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره، و عليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن و ألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 و الذي جاء فيه : " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني و مخالفة للقانون ينجر عنه النقص دون إحالة " (1).

ثانيا : شرط البلوغ : الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الإعتماد عليه لتولي شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة و ليست بالأمر الهين، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً و المقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني و هو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 2002/02/13 ، ملف رقم 265727 ، المجلة القضائية لسنة 2004 ، العدد الثاني ، ص432.

و تجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج و يمكنها حضانة أولادها إذا توفرت فيها باقي الشروط وهذا إستنادا على نص المادة 7 من قانون الأسرة التي جاء في فقرتها الثانية " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات" .

ثالثا : شرط الأمانة على الأخلاق : الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، فالحاضن الذي لا يقيم وزنا للأخلاق لا يكون أهلا للحضانة لأنه غير أمين على نفس الطفل و خلقه، فالأم التي ترتكب جريمة الزنا مثلا تسقط حضانتها على أولادها و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/09/30 و الذي جاء فيه : "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة " (1) ، و عليه لا بد أن يتأكد القاضي من إستقامة الحاضن و حسن سلوكه و أخلاقه قبل منحه الحضانة.

رابعا : شرط القدرة : يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب و الاعتناء بشؤونهم و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية فلا تكون الحضانة مثلا لمسن عاجز عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير أو المريض بمرض يقعه الفراش كالمشلول مثلا، أو مصاب بمرض معدي و خطير من شأنه أن يؤدي المحضون، و قد تكلم القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/7/9 عن شرط القدرة و جاء فيه " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، و لما كان الثابت - في قضية الحال- أن الحاضنة فاقدة البصر، و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال، قد حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية و متى كان كذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ " (2).

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1997/9/30 ، ملف رقم 171684 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001 ، ص 169.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/07/09 ، ملف رقم 33921 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع ، ص 76.

خامسا : شرط الإسلام : أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى المحضون على دين أبيه و لكن هل يشترط أن يكون الحاضن مسلما، وهنا اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لإختلاف الدين كالحنابلة و الشافعية و منهم من قال أن المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد و هذا الرأي هو رأي الإمام مالك، و نحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأن مناط الحضانة هو الشفقة و هي لا تختلف بإختلاف الدين و هذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/3/13 الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة، إلا إن خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية و القانونية " (1).

من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحاضنة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك أسقط الحضانة عنها و إن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطيها الحضانة و لو كانت كافرة.

إذا كان الحاضن رجلا يشترط أن يكون محرما للمحضون إن كانت أنثى، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا فيه تفصيلا وافيا، فقد حدد الحنابلة و الحنفية سن المحضونة بسبع سنين تقاديا للخلوة بها لعدم المحرمية و إن بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالإتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت و مثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم و إبقائها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، و لا يخشى عليها الفتنة منه والخوف من الفتنة أو عدمه يحدده القاضي وفقا لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه (2).

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 ، ملف رقم 52221 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول ، ص48.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص732.

الفرع الثاني: سلطات القاضي في إسقاط الحضانة :

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة و سنحاول التطرق لبعض الحالات مبرزين الدور الهام الذي يلعبه القاضي في ذلك.

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي : " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" من إستقراء نص هذه المادة يمكن أن نطرح بعض التساؤلات فهل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات ؟ و هل يعتبر هذا الزواج تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أم أنه غير اختياري ؟ و في حالة التنازل على الحضانة هل يمكن إجبار المتنازل عليها ؟.

المشرع الجزائري لم يعطي إجابة واضحة على هذه التساؤلات و ما على القاضي إلا أن يجيب عليها وفقاً لما له من سلطة تقديرية، فزواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة و هذا حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة و حسب العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا و مثال ذلك القرار الصادر 1986/5/5 و الذي جاء فيه : " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما. أخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة " (1).

و سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة إستثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة و إنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته - أما كانت أو غيرها - و أصر على البقاء معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون، و نرى أنه لا مانع من عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون و تأكد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة و كان الزوج رجلاً مستقيماً محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو له حاضن آخر غير أمين عليه و هناك إستثناء وضعه المالكية على سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم و هو أن تكون هذه الأخيرة - الحاضنة -

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1986/5/5 ، ملف رقم 40438 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثاني ، ص75.

وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية و يحصرهم هذا الإستثناء في الأم الحاضنة فقط، فقد قال الإمام مالك إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها و لا ينزع منها، وهو الرأي الغالب وقال رأي بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الوصي غير الأم (1).

بالنسبة لمسألة إعتبار زواج الحاضنة بغير محرم تنازلاً إختيارياً عن الحضانة أو تنازلاً غير إختياري و بالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري و حتى المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد فهناك قرارات تعتبر أن هذا الزواج تنازل إختياري عن الحضانة و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1990/02/25 و الذي جاء فيه : " ... و لما كان من الثابت في قضية الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و إختيارياً يكون قد خالف القانون " (2).

و هناك قرارات أخرى تعتبر أن سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة و إعتبرت أن هذا الزواج هو سبب غير إختياري لسقوط الحضانة و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 و الذي جاء فيه : " من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الإختياري " (3).

و متى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها إستعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون " (4).

من خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سبباً غختيارياً لسقوط الحضانة أم أنه سبب غير إختياري لذلك ؟ وهل يحق للحاضنة التي سقطت عليها الحضانة أن تطالب بها بعد طلاقها أو وفاة زوجها ؟

(1) المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، طبعة 2006، ص129.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1990/02/025، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص178.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص178.

(4) المستشار أحمد نصر الجندي، نفس المرجع السابق - ص122.

طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الذين إنقسموا إلى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها و هذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي.

هناك رأي يقول أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون إنما يسقط حقها في حال تزوجها فإن طلقها الزوج أو مات عنها، رجعت في ولدها لأن تزوجها ليس رضا منها بترك الولد، لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام و الشراب فأشبهه إذا مرضت وضعفت عن الحضانة، أن الولد يأخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها و أخذت ولدها.

أما عن رأي الأحناف و الحنابلة و الشافعية فقد إتفقوا على أن من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة إذا ارتفعت الزوجية.

و عليه فإختلاف قرارات المحكمة العليا حول إعتبار الزواج سببا إختياريا لإسقاط الحضانة أم لا مرده الإختلاف بين الفقهاء، و نرى أن الرأي القائل بحق المرأة التي تسقط حضانتها بالزواج من غير محرم في المطالبة بالحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج، أكثر ملائمة للظروف التي نعيشها اليوم فليس من السهل على المرأة أن تعيش مطلقة أو أرملة دون أن يكون لها رجل يساعدها على مجابهة مصاعب الحياة كما أن هذا الرأي ليس فيه أي إجحاف لحق المرأة و إتفق عليه غالبية الفقهاء (1).

فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة و إن زال هذا الزواج لسبب من الأسباب عاد لها حقها و هذا إعتقادا على القاعدة الفقهية التي تقول إذا زال المانع عاد الممنوع، و القاضي هنا له مطلق السلطة التقديرية في إعادة الحضانة للأم من عدمه فلو رأى أن المحضون كبر و ترعرع في كنف أبيه بعد زواج أمه لعدة سنين مثلا، أو أن المحضون يرفض العودة لأمه و العيش من أبناء رجل آخر خوفا منهم فالقاضي هنا لا يعيد الحضانة للأم إذ قدر أن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع والده، فالقاضي يصدر الحكم وفقا لمعطيات كل قضية و طبقا لمصلحة المحضون.

بالنسبة لمسألة إجبار المتنازل عن الحضانة عليها، فالقاعدة أن حق الحضانة يسقط إذا تنازل عنه صاحبه إختياريا و لا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 و الذي جاء فيه " من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب إسترجاع الأولاد لها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية و القانونية ، و لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها بإختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون" (1).

إلا أن لهذه القاعدة إستثناءات، فلو كان في هذا التنازل إضرار بالمحضون يرفضه القاضي و يجبرها على الحضانة و مثال ذلك أن يكون المحضون رضيعا في حاجة ماسة إلى أمه أو في حالة عدم وجود حاضن آخر غير الأم و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1988/12/19 و الذي جاء فيه " من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة " (2).

و بناء على هذا فالقاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل على الحضانة فعليه أن يبحث عن الآثار المترتبة عن هذا التنازل على المحضون و له مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسبا لمصلحته (المحضون).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/03/27، ملف رقم 53340، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص85.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص70.

هناك حالة أخرى منح فيها المشرع للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها و هي حالة الشخص الموكول له حق الحضانة الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي فقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على ما يلي " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ".

و عليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين و ظروفهما و مصلحة المحضون، و هذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/06/23 و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص - الموكول له حق الحضانة - الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، و لما ثبت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، و عليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، و ما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم إستوجب النقض الجزئي " (1).

كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون و مدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير و ما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 و الذي جاء فيه : " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة...".

لكن هناك نقطة متعلقة بسفر الحاضن بالمحضون داخل التراب الوطني لم يتطرق إليها المشرع الجزائري و لم يبين إذا كان ذلك من أسباب سقوط الحضانة أم لا، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة نجد أنها تناولت هذه المسألة في العديد من قراراتها و صدر عنها إجتهااد قضائي بتاريخ 1986/09/22 جاء فيه: " من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة لصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون " (2).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، ص 72.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 3594، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الرابع، ص 41.

بخصوص المسافة الواردة في الإجتهااد القضائي الوارد أعلاه هي التي قال بها المالكية في أحد أقوالهم و البريد الواحد يساوي 12 ميلا، و الميل عبارة عن 1852 متر فتكون الستة برود $6 \times 12 \times 1852 = 130$ كيلومتر و 400 متر (1).

كما أنه عند الرجوع إلى آراء الفقهاء نجد أنهم دائما يتشربون مسافة قريبة، و العلة في ذلك هي تمكين الأب من ممارسة حقه في رعاية ابنه و المحافظة عليه، و لا يغير من واقع هذه المسافة، تغير وسائل المواصلات و سرعتها فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية المحضون من قبل الأب ليست هدفا لذاتها لكنها جزء من الهدف، و إنما المقصود من الرؤية هو الإشراف و التعليم و التأديب و متابعة مصالح الصغير، و كل هذا لا يأتي بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود، لذا يجب على القاضي قبل الفصل في مسألة إسقاط الحضانة من عدمه أن يراعي كل هذه الإعتبارات مع تركيزه على مصلحة المحضون (2).

الفرع الثالث : مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة و تنظيم حق الزيارة :

لقد أورد المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة و ذلك بنصها على أن : " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "

و هذا الترتيب لا يجوز مخالفته إلا إستثناء و بناء على مصلحة المحضون و قد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/17 ذلك و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة..." (3).

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا قصد المشرع بعبارة الأقربون درجة ؟ وما هو

الترتيب الذي يعتمده القاضي بينهم - الأقربون درجة - ؟

(1) المستشار أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 140.

(2) الدكتور محمد سمارة، المرجع السابق، ص 404.

(3) المستشار أحمد نصر الجندي، نفس المرجع السابق، ص 142.

فهنا ما على القاضي إلا الإعتماد على نص المادة 222 و الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا إختلافا كبيرا بين الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة، و منهم من ينفي حضانة ذوي الأرحام، و منهم من يقدمون الأشقاء أولا ثم الذين لأم ثم الذين لأب، و منهم من يقدم الذين لأب على الأخوة لأم (1) ، و هذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة للغاية في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة الواردة في المادة 64 من قانون الأسرة، و نرى أن القاضي عند نظره في هذه المسألة عليه أن ينظر إلى مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، أما عن المذهب الذي يعتمده فما دام المشرع أحاله في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فهو حر في إختيار المذهب الذي يراه مناسبا وفقا لما له من سلطة تقديرية (2) ، و نميل إلى الرأي الذي أخذ به شيخ الإسلام ابن تيمية و ذلك لوضوح حجته فهو يرى أن في الحضانة يقدم أقرب الأقارب من الطفل، و أقومهم بصفات الحضانة، فإذا إجتمع إثنان فأكثر، فإن إستوت الدرجة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب و الجدة على الجد و العممة على العم و الأخت على الأخ، فإن كانا ذكرين أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند إستواء درجتهما، و عند إختلاف الدرجة إن كانا من جهة واحدة قدم الأقرب فتقدم الأخت على إبنتها و هكذا، و لا حضانة للأخ لأم بحال لأنه ليس من العصابات وكذلك الخال" (3).

لكن كان من الأفضل لو أن المشرع ضبط ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في

مادة قانونية واضحة على غرار بعض القوانين العربية كالقانون المصري في المادة 20 و القانون السوري في المادة 139.

كما أن المشرع ألزم القاضي في نفس المادة -المادة 64- عند الحكم بإسناد الحضانة أن

يحكم بحق الزيارة لكنه لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الحق و لا ضوابطه.

(1) الدكتور محمد سمارة، المرجع السابق، ص405.

(2) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص385.

(3) الدكتور محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص389.

و نرى أن كل هذا يرجع لتقدير القاضي حسب معطيات كل ملف و لا بد أن يكون تحديد حق الزيارة تحديدا مرنا وفقا لما تقتضيه حاله المحضونين، و من المفيد الإشارة هنا إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/04/1990 و الذي جاء فيه :

" متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضى بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم، و من ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي يترتب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون " (1).

كما أنه يجب على القاضي عند ترتيبه لحق الزيارة ألا يضع شروطا قد تتعارض مع الهدف من هذا الحق و مثال ذلك تحديد مكان ممارسة حق الزيارة بيت الزوجة المطلقة، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/12/1998 (2).

و بالرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية فالفقهاء لم يضعوا طريقا لتنظيم حق الرؤية (الزيارة) و لذلك يجب - دفعا للضرر - أن يراعي القاضي عادات الناس و عرفهم في إستعمال هذا الحق (3)، و أن ينظر إلى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة المحضون و الإطمئنان على أحواله و إشباع غريزته العاطفية من التمتع برؤية ولده كما يجب عليه النظر إلى مصلحة المحضون.

كما لا بد أن نشير إلى ما ورد في المادة 65 من قانون الأسرة بخصوص المدة المحددة لممارسة الحضانة و سلطة القاضي في تمديدتها إلى 16 سنة بالنسبة للذكر إذا كانت الحاضنة هي الأم، و لم تتزوج.

فهل يستطيع القاضي تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا لم تكن الحاضنة أمه و كانت مصلحته تقتضي ذلك ؟.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 16/04/1990، ملف رقم 59784، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 126.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم 214290، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 194.

(3) المستشار أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 192.

يمكن للقاضي ذلك وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال لأن الأساس الذي تقوم عليه الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

من خلال كل ما تقدم فالمتعمن في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة، و كذا أغلب إن لم نقل كل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بنفس المسألة، يجد عبارة مصلحة المحضون واردة فيها إلا أنه لا يجد تعريفا واضحا لها، و يمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد، لكن بالرغم من ذلك فإن لهذه القاعدة مميزات و خصائص يمكن إبرازها فيما يلي :

أولاً : قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، و على هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه و يحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لمن بلغ سن السادسة أو السابعة من عمره.

ثانياً : قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قابلة للتغيير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر، و على هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن مراعاة لتغير مصلحة المحضون.

و يحكم قاعدة مصلحة المحضون عنصران أساسيان هما : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية للمحضون، و تحقيق الأمن و الإستقرار النفسي و العاطفي للطفل (1).

فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى و لا يختلف إثنان على أن الطفل حتى ينمو نمو سليما سواء جسديا أو عقليا أو نفسيا لا بد أن نؤمن له الإستقرار النفسي و نلبي حاجته الفطرية للعطف و الحنان.

و من هنا فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى آخر، و يتغير حاضنه من حاضن إلى آخر سيعيش إضطرابا نفسيا حادا لا محالة، و القاضي هنا عليه أن يكون محللا نفسيا قبل أن يكون قاضيا و عليه أن يضع نصب عينيه مصلحة الصغير عند الحكم بالحضانة و خاصة عند إسقاطها عن شخص و منحها لشخص آخر.

(1) الأستاذة حسين عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1999-2000، ص76.

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل إعتبار و أعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون و خير دليل على ذلك الإجتهد القضائي الصادر عن المحكمة بتاريخ 18/02/1997 و الذي جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، و لما كان ثابتا -في قضية الحال- أن الحضانة أسندت إلى الأب مرعاة لمصلحة المحضون و إعتقادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع أعمالا لسלטتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن " (1).

و حتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته و تقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه و نذكر منها:

1/ **التحقيق و المعانية:** للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع و تحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الإعتداد على الوثائق المقدمة من الأطراف و هذا لجمع أكبر قدر من المعلومات التي تساعد للوصول إلى القرار الصائب.

2/ **الإستعانة بالخبراء:** و يمكن للقاضي الإعتداد على نص المادة 125 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و التي تناولت موضوع الخبرة و من قبيل الخبراء الذين يمكن للقاضي الإعتداد عليهم المرشدة الاجتماعية، و ذلك لتحديد مصلحة المحضون بل أن تعين المرشدة الاجتماعية قد يكون إلزاميا في بعض الحالات و هذا جاء في إجتهد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/05/1999 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين - في قضية الحال- أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، و بعد ملاحظة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية، فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة على الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة و عدم إستعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الإشارة لجنس الأولاد و أعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقص القرار المطعون فيه " (2).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 18/02/1997، ملف رقم 153640، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص39.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 18/05/1999، ملف رقم 222655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص185.

3/الاستماع إلى أحد أفراد العائلة : يجوز للقاضي أن يطلب حضور، أقارب الخصوم، أو أصهارهم، أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى أخوة و أخوات و أبناء عمومة الخصوم و غيرهم من الأقارب كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات للتحديد الأمثل لمصلحة المحضون و هذا عملاً بأحكام المادة 150 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

و لا بد أن نشير هنا أنه من الأفضل إستبعاد شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط، و هذا بدوره قد يؤثر على الإختيار الموفق (1).

كما أن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب و عدم الإكتراث و في هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/21 نقض قرار صادر من مجلس قضاء قسنطينة و الذي إعتد على رفض المحضونين الإلتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فإعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة و القانون الوضعي (2).

(1) الأستاذة حسن عزيزة، المرجع السابق، ص86.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1982/10/21، ملف رقم32594، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص77.

خاتمة

ما يمكن أن نخلص إليه في نهاية هذا الموضوع أن قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات التي تميزه عن أغلب القوانين العربية و الإسلامية المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهذا القانون فتح المجال واسعا أمام القاضي لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فالحلول القضائية و إن كانت تعبر عن إرادة المشرع أو تهدف إلى ذلك إلا أن للطابع الشخصي و قدرات القاضي نصيب فيها، إضافة إلى مرونة نصوصه و عدم أخذه بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة و إنما استتبط أحكامه من أغلب المذاهب و هذا ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بالاجتهاد الانتقائي، كما أنه أحال القاضي في حالة عدم وجود النص القانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها أيضا، و هذا و إن كان نقطة إيجابية تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة إلا أنه يجعل من مهمته صعبة و معقدة للغاية خصوصا و أنه يستوجب على القاضي القيام بالتكوين الفقهي الكامل و الشامل في كل مذاهب الشريعة الإسلامية.

فمهمة قاضي شؤون الأسرة الجزائري ليست بالمهمة البسيطة إضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعها فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية بمختلف فروعها و مذاهبها، عليه معرفة عادات و تقاليد و أعراف المنطقة التي يمارس بها مهامه إضافة إلى وجوب تمكنه من التأثير في نفسية الأشخاص لأن مهمته متعلقة بأمور شديدة الصلة بالأمور النفسية، فهو إضافة إلى كونه قاضيا عليه أن يكون فقيها و محللا نفسيا و إجتماعيا و إقتصاديا.

فنصوص قانون الأسرة الجزائري و إن كانت مرنة في غالب الأحوال كما أشرنا إلا أنها جاءت جد مقتضبة و يشوبها الكثير من الغموض و الأمثلة التي تناولناها كثيرة في هذا المجال و مثال ذلك النصوص المتعلقة بالخطبة و التحكيم في الشقاق بين الزوجين و النشوز و ترتيب أصحاب الحق في الحضانة...

أما القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية في الدول العربية و التي تمكنا من الإطلاع عليهما فإنها جاءت وافية شاملة في غالب الأحوال و لم يتقيد جلها بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية مثلها مثل المشرع الجزائري إلا أن بعضها أحال القضاة في حالة غياب النص التشريعي إلى مذهب محدد و مثال ذلك القانون الأردني الذي أحال إلى مذهب أبي حنيفة و ذلك في المادة 183 منه.

خاتمة

و قد يلاحظ على مستوى مختلف المحاكم و المجالس القضائية في مختلف ربوع الوطن إنتشارا رهيبا لقضايا الطلاق بمختلف أنواعه على جداول المحاكم إضافة إلى كثرة الجرائم المرتكبة ضد الأسرة ، كل هذا يحتم على القضاة بذل ما في وسعهم لمحاولة إيجاد الحلول الملائمة لمعالجة هذا الخلل الذي يهدد كيان الأسرة الجزائرية و بالتالي كل المجتمع الجزائري.

كما أنه هناك إنتشارا واسعا لظاهرة الزواج العرفي -الزواج الشرعي- من خلال كثرة قضايا إثبات الزواج العرفي على جداول المحاكم ، و هذا الأخير-الزواج العرفي- تترتب عليه الكثير من المشاكل التي يصعب حلها، و يمكننا القول أنه يلغى الكثير من أحكام قانون الأسرة كوجوب الحصول على ترخيص القاضي لزواج القصر أو في تعدد الزوجات، فالقاضي يجد نفسه أمام واقع مفروض عليه، فالكثير من الأشخاص يلجئون لهذا النوع من الزواج للهروب من أحكام قانون الأسرة، ثم يرفعون دعاوى لإثبات الزواج العرفي و ما على القاضي إلا أن يحكم بذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا، إضافة إلى كثرة عديمي الضمير من الرجال في وقتنا الحالي و الذين ينكرون هذا الزواج الذي قد تعجز المرأة عن إثباته، و بالتالي تضيع حقوق المرأة و الأولاد و تصبح أحكام النسب و النفقة و الحضانة و غيرها في مهب الريح، كل هذا جعل وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف تصدر تعليمة تمنع بموجبها الأئمة من إبرام عقود الزواج الشرعية إلا بعد إبرام العقد المدني كما أن بعض المناطق في الوطن قننت ذلك في موثيق عرفية و مثال ذلك ميثاق أعراف الزواج الصادر عن بعض أئمة و أعيان ولاية بسكرة من طرف الزاوية العثمانية بتاريخ 24 ماي 2007 .

و في الختام هناك مجموعة من التوصيات نراها ضرورية :

1/ إعادة نظر شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعلها أكثر وضوحا و شمولا و لعل الكثير من التوصيات التي جاءت في ملتقى قضايا المرأة و الأسرة بين المبادئ الإسلامية و معالجات القانون الوضعي المنعقد في 11، 12، 13 سنة 1999 بمقر المجلس الإسلامي الأعلى كانت في محلها، و التي أخذ المشرع ببعضها في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 .

2/ إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي إلى مذهب محدد من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي، و عدم تضارب و إختلاف الأحكام القضائية.

3/ إقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية.

خاتمة

4/ إتخاذ إجراءات من شأنها الحد من إنتشار ظاهرة الزواج العرفي كتوعية أفراد المجتمع عن طريق وسائل الإعلام.

الملحق رقم 1 :

توصيات ملتقى قضايا المرأة و الأسرة بين المبادئ الإسلامية و معالجات القانون الوضعي المنعقد في 11، 12، 13 من شهر أكتوبر سنة 1999 بمقر المجلس الإسلامي الأعلى:

ملتقيات المجلس الإسلامي الأعلى

الملتقى الثالث

قضايا المرأة و الأسرة بين المبادئ الإسلامية و معالجات القوانين الوضعي في 11، 12، 13/10/1999.

توصيات الورشة الأولى الخاصة بـ :

موضوع حقوق المرأة و الطفل :

بتاريخ الثالث من رجب ألف و أربعمئة و عشرين هجرية الموافق للثالث عشر من أكتوبر ألف و تسعمائة و تسعة و تسعين ميلادية وعلى الساعة التاسعة صباحا اجتمع أعضاء الورشة الخاصة بموضوع حقوق المرأة و الطفل برئاسة السيدة فاطمة الزهراء ساعي، أستاذة بجامعة وهران و حضور السيد أوقاسي لونيس، أستاذ بجامعة قسنطينة كمقرر عن الورشة، و بعد الاستماع إلى أعضاء اللجنة و المناقشات التي دارت حول النقاط التالية :

1/ هل يعد قانون الأسرة قانونا شرعيا أم قانونا مدنيا؟

2/ ترقية العمل النسوي و المشاكل التي تعيق تطوره.

3/ التقاليد المنسوبة زورا للإسلام.

4/ تطور العائلة و المكتسبات الحضارية.

5/ حقوق الإنسان في الأسرة.

6/ حماية الطفل أمام التطورات الاجتماعية و المشاكل المترتبة عنها.

توصي الورشة بما يلي :

1/ إن الإسلام باعتباره دين الدولة، لا يمنع من ترقية القوانين و الأفكار المستجدة الخاصة بالمرأة الجزائرية في سير البلاد. و طبقا لذلك فإن قانون الأسرة الحالي لا يستجيب لمتطلبات حماية الأسرة و الطفل و يجعل الأسرة بعيدة عن المقاصد الحضارية التي تنتفع إليها الأمة الجزائرية.

الملاحق

- 2/ قانون الأسرة، هو قانون وضعي مُستوحى من الشريعة الإسلامية، و كل قانون وضعي يخضع للاجتهاد.
- 3/ لابد من إعطاء الأولوية للمرأة فيما يتعلق بالتكفل بالاقتصاد المنزلي، و ترقيته مما يمكنها من حماية شخصيتها.
- 4/ تحديد الإجراءات الاجتماعية لصالح المرأة العاملة خاصة عطلة الأمومة.
- 5/ التذكير بحق المرأة في العمل ضمن قانون الأسرة.
- 6/ تحديد كل حالات التكفل بالطفل قصد السماح للمرأة بممارسة حقها في العمل.
- 7/ في الميدان ما قبل المدرسي تراعى خصوصيات المرأة العاملة مع حقوق الطفل.
- 8/ إعطاء إمكانيات للمداومة المدرسية و تكوين المساعدات لما قبل التمدرس، و تكوين مساعدات اجتماعية و مساعدات في الميدان التربوي و هذا لمصلحة الطفل و حمايته.
- 9/ وضع قوانين لقمع التحرش الجنسي في جميع الميادين و على كل المستويات.
- 10/ الحرص على تطابق مبادئ حقوق الإنسان داخل الأسرة مع النصوص الدستورية.

موضوع الأطفال المولودين خارج الأسرة القانونية :

- 1/ تخفيف الإجراءات الإدارية الخاصة بالكفالة.
- 2/ وضع إجراءات لتسهيل التكفل منذ الولادة.
- 3/ تطوير الطرق العلمية للبحث عن الأبوة.

بالنسبة للأطفال الموجودين في حضانة الأم (و في حالة الطلاق)

إعطاء الأولوية لحقوق الطفل و الأم في السكن، و التمدرس، و وسائل العيش.

الأطفال المعوقين

متابعة التكفل بالأطفال المعوقين من طرف الدولة.

بالنسبة للنساء العاملات

تمكين الأم من الحصول على عطلة لمدة سنة في حالة الحمل و الأمومة.

توصيات الورشة الثانية الخاصة :

بموضوع تعدد الزوجات :

اجتمعت الورشة الثانية الخاصة بموضوع تعدد الزوجات في اليوم الثالث من أشغال الملتقى، الأربعاء الثالث من رجب ألف و أربعمئة و عشرين هجرية الموافق للثالث عشر من أكتوبر ألف و تسعمائة وتسعة و تسعين ميلادية، برئاسة السيد الدكتور طالب عبد الرحمن، عضو المجلس الإسلامي الأعلى و عضوية السيد رفيق علوي، أمين عام المجلس الإسلامي الأعلى والسيدة فاطمة شنايف قاضية، نائبي الرئيس، و السيد الدكتور محمد البشير الهاشمي مغلي، أستاذ بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية مقررا.

بعد تناول المحاور المتعلقة بالموضوع و هي :

1/ الآثار المترتبة على تعدد الزوجات في الحضارة الإسلامية.

2/ تعدد الزوجات و القرآن الكريم.

3/ حماية كرامة المرأة.

4/ المشاكل الناجمة عن تعدد الزوجات و آثارها على الأسرة.

5/ ضرورة تطوير المنظومة التشريعية.

6/ و بعد الاستماع إلى تدخل أعضاء الورشة في جل المحاور المشار إليها أعلاه.

و انطلاقا من قوله تعالى : "و إن خفتن أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع، فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة." : النساء :03 و قوله سبحانه : "و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة" : سورة النساء، الآية 128.

و بالنظر إلى الأضرار المترتبة على تعدد الزوجات عبر التاريخ على إستثنائيتها.

و بالنظر إلى إخلالها بالقيم الحضارية العالمية في مجالات التطبيق و المس بكرامة الإنسان.

و لما كان قانون الأسرة الجزائري في مادته الثامنة قد فتح المجال واسعا لضروب التجاوزات التي ألحقت أضرارا بالغة تخل بمقاصد الشريعة الإسلامية السمحة و تتناقض و روح الدستور و تمس بكرامة الإنسان.

و إنسجاما مع روح الدستور الذي يكرس مبدأ المساواة بين المواطنين رجالا و نساء و يصون حقوقهم جميعا.

الملاحق

و بالنظر إلى المشاكل المترتبة على تعدد الزوجات في الميدان الاجتماعي و الاقتصادي و النفسي في نطاق الأسرة و المجتمع و مراعاة اجتهادات بعض البلاد الإسلامية التي نحت منحى الإلغاء أو التقييد دون مناقضة لروح الشريعة الإسلامية.

فإن اللجنة توصي بما يلي :

- 1/ اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحيلولة دون التحايل على مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة.
 - 2/ العمل على إحداث انسجام بين القوانين التي تعالج حالات الأشخاص كالقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية و قانون الحالة المدنية و قانون الأسرة.
- فيما يتعلق بالزواج العرفي فإن الإشهار المشروط في صيغته العصرية يستوجب تسجيله بعقد مدني في فترة زمنية يحددها المشرع ويعاقب على مخالفتها.

توصيات الورشة الثالثة الخاصة :

بمشاكل الطلاق و التطلق :

بتاريخ الثالث من رجب ألف و أربعمئة و عشرين هجرية الموافق للثالث عشر أكتوبر ألف و تسعمائة و تسعة و تسعين ميلادية و على الساعة التاسعة صباحا اجتمع أعضاء الورشة الخاصة بمشاكل الطلاق و التطلق برئاسة الدكتور ماروك نصر الدين، مدير الدراسات بالمعهد الوطني للقضاء و حضور السيد الطيب لوح، رئيس النقابة الوطنية للقضاء كمقرر عن الورشة، و بعد الاستماع إلى أعضاء اللجنة و المناقشات التي دارت حول النقاط التالية :

- 1/ الطلاق كظاهرة متزايدة في المجتمع.
 - 2/ الطلاق التعسفي و أضراره.
 - 3/ منع الزوجة من حق التطلق و الأضرار المترتبة عن هذا المنع.
 - 4/ طرد الزوجة مع أولادها من السكن في حالة الطلاق.
 - 5/ الطلاق و ما يترتب عنه من أضرار على العائلة و المجتمع.
- ونظرا لأهمية الموضوع و اتصاله المباشر بوضعية الأسرة كخلية أساسية للمجتمع و كرامة المرأة و حماية الطفل.

و نظرا لأن الأسرة الحالية خاضعة للتطورات الاجتماعية الواسعة و وطنيا و عالميا الأمر الذي يستوجب إبقاء ملف الأسرة مفتوحا بغية المتابعة المتواصلة و الإصلاح المستمر بخصوص كل القضايا و الإشكالات التي يفرضها في كثير من الأحيان الواقع، حيث لا يمكن أن يقال عن أي بلد مهما كان أنه يعيش بمعزل عن التحولات التي يفرزها هذا العالم و التي لا تتناقض المبادئ الإسلامية التي تقوم على الوسطية و التكامل والحركية.

الملاحق

و باعتبار أن المرأة جزء لا يتجزأ من المجتمع، و نظرا لتضحيات المرأة الجزائرية ماضيا و حاضرا.

و نظرا للتناقضات في بعض أحكام قانون الأسرة مع مبادئ الشريعة الإسلامية و حقوق الإنسان.

و نظرا للأضرار الجسيمة المترتبة عن الطلاق التعسفي الناتج عن العصمة المطلقة المعطاة للرجل.

فإن اللجنة توصي بما يلي :

1/ تعديل المادة 48 من قانون الأسرة، بما يتماشى و احترام كرامة المرأة و عدم التعسف والتمييز.

2/ تعديل المادة 52 من قانون الأسرة بما يتماشى و فلسفة حماية الطفل المحضون و الأسرة.

3/ تعديل المادة 87 من قانون الأسرة، و جعل ولاية الأولاد للحاضن بعد الطلاق.

4/ تعديل الأحكام المتعلقة بإثبات الطلاق و الزواج العرفيين بما يتماشى و حماية الأسرة والأطفال كما هو عليه الحال بالنسبة لهذه الأحكام في بعض الدول العربية الإسلامية.

5/ الإسراع بسن قواعد إجرائية خاصة بتطبيق أحكام قانون الأسرة.

6/ إجراء الانسجام الضروري للنصوص المرتبطة بقانون الأسرة.

الملحق رقم 2

ميثاق أعراف الزواج لمنطقة بسكرة تحت إشراف الزاوية العثمانية بطولقة
ميثاق أعراف الزواج

إعداد بعض أئمة وأعيان

إشراف الزاوية العثمانية

ولاية بسكرة

عبد القادر عثمانى

قال تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " (سورة الروم الآية 21) ويقول عليه الصلاة والسلام: "يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا".

الأسرة هي النواة الأولى في المجتمع وبها صلاح الأمة وقد حث الإسلام على تكوينها وإنشائها ورتب الثواب الكبير على تكاليفها ومسئولياتها وقد حال بين الشباب وبين تكوينها في زماننا هذا عقبات كثيرة وأعراف فاسدة وتقاليد دخيلة على المجتمع المسلم وبغية إزالة تلك العقبات وتيسير الزواج لشبابنا وبعد دراسة ومشاورات من طرف أئمة ومشايخ ولاية بسكرة وتحت رعاية الشيخ عبد القادر عثمانى شيخ زاوية سيدي علي بن عمر بطولقة توصل الجميع بتوفيق الله على وضع هذا الميثاق الذي توجوا فيه سنة التيسير بالاستناد إلى نصوص الشرع المحكمة.

بنود الميثاق

1/ تخفيف وتيسير المهر في حدود 80.000 دج ومن أراد تخفيضه أقل من ذلك فهو مشكور وهو المهر الذي ينبغي أن يكون علنيا ومعلنا عليه في مجلس العقد مع ملاحظة أنه مهر شامل يتناول المطلوب كله من الزواج بما في ذلك الجهاز والذهب يقول عليه الصلاة والسلام : (إن أعظم النساء بركة أيسرهن مئونة) رواه أحمد.

2/ إعفاء الزوجة من تجهيز بيت الزوجية قليله وكثيره لأنه من مسؤولية الزوج.

3/ خطبة المرأة لا تكون إلا من وليها، وهي المعتبرة التي تثمر آثارها العرفية والشرعية.

الملاحق

- 4/ تمكين الخاطب من رؤية مخطوبته بوجود محرم شرعي إذا تبين منه الجد والعزم لقوله عليه الصلاة والسلام (أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما).
- 5/ الزواج يبني على الرضا والاختيار، فتمنع جميع أساليب الإكراه للابن أو البنت على الزواج.
- 6/ لا ينبغي للأولياء الاعتراض على تزويج بناتهم من الكفاء الصالح لقوله عليه الصلاة والسلام: (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض). أخرجه الترميذي وابن ماجة والحاكم بسند صحيح.
- 7/ منع إطالة فترة الخطبة إلا على تفاهم مسبق ومبرر معتبر.
- 8/ الخطبة وعد بالزواج لا تبيح شيئاً من المحرمات كالخلوة والسفر وتبقى في حكم الأجنبية.
- 9/ الخاتم الوحيد الملزم عرفاً هو خاتم الحناء وما عداه فهو من قبيل الهدايا غير الملزمة.
- 10/ العقد الشرعي - عقد الجماعة- لا يتم إلا بعد العقد المدني.
- 11/ لا يكون العقد صحيحاً وتاماً إلا إذا حضر في مجلس العقد الولي والزوج أو وكيل كل منهما بشاهدين، وتم بالصيغة الشرعية.
- 12/ اجتناب كل المحرمات في الأعراس كالاختلاط وظهور النساء بزینتهن على الأجنب وخاصة في موكب العرس ومنع التصوير بجميع أنواعها وخاصة الكاميرا في أوساط النساء عدا المحارم، لما ينجر عليها من إفساد للبيوت ومنع الفاحش من الغناء واستبداله بالغناء الطيب الحسن قال صلى الله عليه وسلم : (أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدف).
- 13/ اجتناب كل العادات السيئة مثل إلباس الخاطب الخاتم لمخطوبته.
- 4/ اجتناب المؤذيات والمزعجات للجيران مثل استعمال مكبرات الصوت والبارود احتراماً لمشاعر الناس ففيهم المريض والكبير والصغير والمصاب.
- 15/ ما يحدث بين العروسين ليلة الزفاف شأن خاص لا ينبغي التحدث به للناس، فينبغي تحاشي ما يقع بين الجهال من إظهار قميص الزوجة وعليه الدم أو إخراج الزوجة وكشفها ليلة البناء بها بحجة عدم العذرية كما لا ينبغي لها كشف الزوج إذا كان منه العيب.
- 16/ عدم المبالغة في تكاليف القصعة والعود بها إلى عادة الأجداد.
- 17/ الحد من الإسراف في ولاءم عقد الزواج والأعراس.
- 18/ حث الجميع على جعل عقود الزواج في المساجد لشرف المكان وتجنب الإسراف.

قائمة المراجع

1/ المؤلفات :

الكتب :

- 1/ الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البحث، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 1986.
- 2/ الأستاذ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 1996.
- 3/ الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، Encyclopédie Editions، الجزائر، طبعة 2003.
- 4/ الأستاذ يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ و إجتهاادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، دار هومة، الجزائر، طبعة 2007.
- 5/ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثالثة، أغسطس 1957.
- 6/ الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1971.
- 7/ الدكتور السيد رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، مصر، الطبعة الأولى سنة 2001.
- 8/ الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، طبعة سنة 1999.
- 9/ الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء "الزواج"، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى سنة 1984.
- 10/ الدكتور محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2002.

قائمة المراجع

11/ الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة، بالجزائر 1992.

12/ المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2006.

المقالات :

1/ الأستاذ قاد بن علي، تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد، مجلة المعيار العدد 9، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، جوبلية 2004.

2/ الأستاذ محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18(أ)، العدد الرابع، سنة 1991.

3/ الأستاذ محمد الشرفي، كيفية تقدير الضرر المعنوي، مجلة القضاء و التشريع، تونس، وزارة العدل، مارس 1976.

4/ الأستاذ محمد عطوي، تعدد الزوجات مجلة منبر الحقوقيين، العدد 12، الجزائر، سنة 1987.

5/ توصيات الورشة الثانية الخاصة بتعدد الزوجات المجتمعة في مقر المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 23 أكتوبر 1999 برئاسة الدكتور طالب عبد الرحمان عضو المجلس الإسلامي الأعلى و عضوية السيد رقيق علوي أمين عام المجلس الإسلامي الأعلى، و السيدة فاطمة شنايف قاضية نائبة الرئيس و السيد الدكتور محمد البشير معلى أستاذ بجامعة الأمير عبد القادر مقرا (انظر الملحق رقم 1).

6/ الدكتور تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 41، الجزائر، سنة 2000.

7/ الدكتور تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 37، الجزائر، سنة 1999.

قائمة المراجع

- 8/ الدكتور صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية و واقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار، العدد 09، جويلية 2004، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر.
- 9/ الدكتور محمد حسين مقبول، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، العدد 9، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، جويلية 2004.
- 10/ الدكتورة سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 09، سنة 2004.
- 11/ عيسى حداد، الأهلية في قانون الأسرة الجزائري مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، الجزائر، العدد 09، ديسمبر 1996.
- 12/ الموسوعة القضائية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2000 (قرص مضغوط).

2/ الرسائل الجامعية:

- 1/ الأستاذ اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر سنة 2002-2003.
- 2/ الأستاذة حسين عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1999-2000.
- 3/ الدكتور أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، سنة 2000.

قائمة المراجع

3/ النصوص القانونية :

أولاً: الأوامر و القوانين الجزائرية :

- قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم قانون رقم 08-09، المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة في 2008/04/23.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم (عدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، (ج.ر.ص 18).

- قانون الأسرة الصادر بموجب القانون 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم سنة 2007.

ثانياً: الأوامر و القوانين الأجنبية :

- قانون الأحوال الشخصية لدولة مصر العربية، رقم 25، لسنة 1920، المعدل بالقانون رقم 44، لسنة 1979، و القانون رقم 100، لسنة 1985.

- قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59، بتاريخ 1953/09/17، و المعدل بالقانون رقم 34، الصادر بتاريخ 1975/12/31.

- قانون الأحوال الشخصية للمملكة الهاشمية الأردنية، الصادر بالقانون رقم 16، بتاريخ 1976/09/05.

- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1996.

- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة 2005/28، مأخوذ من الموقع الإلكتروني:

<http://62.215.234.226/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=2&LawID=3128>

قائمة المراجع

- قانون حقوق العائلة اللبناني، المأخوذ من كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، للدكتور عبد العزيز عامر.

4/ القرارات الوزارية :

- المنشور الوزاري، الصادر عن وزير العدل، الصادر بتاريخ 1984/12/23، تحت رقم 84-102.

- المنشور الوزاري، الصادر عن وزير العدل، الصادر بتاريخ 1985/08/22، تحت رقم 14.

5/ القرارات القضائية :

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1982/10/21، ملف رقم 32594، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 77.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33762، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص 119.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1984/10/22، ملف رقم 34327، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3، ص 69.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص 89.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1985/02/25، ملف رقم 35934، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 89.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1986/5/5، ملف رقم 40438، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص 75.

قائمة المراجع

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1986/04/21 - ملف رقم 40428 - المجلة القضائية لسنة 1997- العدد 4 - ص 69.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 3594، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الرابع، ص 41.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1987/12/07 ، ملف رقم 47284 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول ، ص 41.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1988/01/26 ، ملف رقم 50519 ، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص 48.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1988/04/11 ، ملف رقم 49302.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1988/12/19 ، ملف رقم 51894، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص 70.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1989/01/02 ، ملف رقم 52278، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص 95.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1989/01/16 ، ملف رقم 51715، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني، ص 55.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1989/01/16 ، ملف رقم 52212 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، ص 55.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 ، ملف رقم 52221 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول ، ص 48.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/03/27 ، ملف رقم 53340، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث، ص 85.

قائمة المراجع

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/07/09 ، ملف رقم 33921 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع ، ص76.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1989/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص73.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1989/12/23 ، ملف رقم 57812 ، المجلة القضائية العدد الثالث، سنة 1991، ص 71.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1989/12/25 ، ملف رقم 56097، المجلة القضائية، سنة 1992، العدد الرابع، ص 102 .
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1990/02/025 ، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص178.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع، ص126.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1991/06/18 ، ملف رقم 75141، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول، ص65.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1991/02/20، ملف رقم 75588، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الرابع، ص78.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1991/06/18 ، ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الثاني ، ص65.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1992/03/17، الملف رقم 81455 .
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1993/04/27 ، ملف رقم 909047 ، الموسوعة القضائية لسنة 2000.

قائمة المراجع

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، ص 72.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1994/07/19، ملف رقم 109595، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 236.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 135435، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 1، ص 129.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 136604، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد الثاني، ص 89.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 66.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 153640، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 39.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1997/06/10، ملف رقم 163381، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 239.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 169.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1997/10/23، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، ص 197.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، عدد خاص سنة 2001، ص 70.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 184055، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998، ص 85.

قائمة المراجع

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 17/02/1998، ملف رقم 179126، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 198.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 21/04/1998، ملف رقم 189245، عدد خاص لسنة 2001، ص 242.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 19/05/1998، ملف 189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 147.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 21/07/1998، ملف 200198، نشرة القضاة، العدد 56، سنة 1999، ص 40.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 21/07/1998، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 178.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 20/10/1998، ملف رقم 204821، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 82.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 17/11/1998، ملف رقم 210478، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 85.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم 202430، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 77.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم 214290، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 194.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 16/02/1999، ملف رقم 218736، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 206.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 216836، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 245.

قائمة المراجع

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 216886، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 203.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 18/05/1999، ملف رقم 222651، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 248.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 18/05/1999، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 126.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 18/05/1999، ملف رقم 222655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 185.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 129.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 23019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 104.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 22274، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 88.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 20/06/2000، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 259.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 21/11/2000، ملف رقم 251682، المجلة القضائية لسنة 2001، ص 290.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 23/01/2001، ملف رقم 258555، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الثاني، ص 417.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 13/02/2002، ملف رقم 265727، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الثاني، ص 432.

قائمة المراجع

6/ المواقع الإلكترونية :

1/<http://www.esnips.com/doc/bf8f73d8-2256-الشخصية-الأحوال/Doc4828-b1a6-f4ca7527f5c7>.

2/http://www.arab-ency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=279.

3/<http://62.215.234.226/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=2&LawID=3128>.

آية من الذكر الحكيم

الإهداء

شكر و عرفان

- 01 مقدمة
- 05..... الفصل الأول : السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية و إنحلالها.
- 05..... المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.
- 06..... المطلب الأول : مجال تدخل القاضي في الخطبة.
- 07..... الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة .
- 09..... الفرع الثاني : سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة.
- 11..... المطلب الثاني : تحديد سن الزواج و سلطة القاضي في الإعفاء منه .
- 14..... المطلب الثالث : تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به.
- 16..... الفرع الأول : دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي.
- الفرع الثاني : كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية.
- 17.....
- 19..... الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزوج.
- 20..... المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية.
- 21..... المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم.
- 21..... الفرع الأول : إجراءات الصلح وجهد القاضي في فض النزاع بين الزوجين.
- 23..... الفرع الثاني : إجراءات التحكيم و مدى مساهمة الحكمين و القاضي في فض النزاع.
- 26..... المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.

الفهرس

- 26..... الفرع الأول: التطلق لعدم الإنفاق
- 28..... الفرع الثاني: التطلق للعيوب
- 28..... أولاً: علل جنسية تحول دون الاستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي
- 29..... ثانياً: علل جسدية لا تحول دون الاستمتاع و لا تمنع الدخول
- 31..... الفرع الثالث: التطلق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
- 32..... الفرع الرابع: التطلق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة
- 32..... الفرع الخامس: التطلق بسبب غياب الزوج
- 34..... الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة
- 35..... الفرع السابع: التطلق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة
- 36..... الفرع الثامن: التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين
- 37..... الفرع التاسع: التطلق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
- 37..... الفرع العاشر: التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعاً
- 39..... المطلب الثالث : تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز
- 39..... الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق
- 41..... الفرع الثاني : دور القاضي في تحديد حالات النشوز
- 42..... أولاً: الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشز
- 45..... ثانياً: الحالات التي يكون فيها الزوج ناشز

الفهرس

- الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية و
إنحلالها.....47
- المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج وإنحلاله.....47
- المطلب الأول : الآثار المالية الناتجة عن الزواج و تقدير القاضي لها.....47
- المطلب الثاني : الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج و تقدير القاضي لها.....53
- المطلب الثالث : مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت58
- المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب و الحضانة.....62
- المطلب الأول : تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه.....62
- الفرع الأول : أسباب ثبوت النسب63
- الفرع الثاني : طرق إثبات النسب66
- المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة67
- الفرع الأول : دور القاضي في إسناد الحضانة68
- أولا : شرط العقل68
- ثانيا : شرط البلوغ68
- ثالثا : شرط الأمانة على الأخلاق69
- رابعا : شرط القدرة69
- خامسا : شرط الإسلام70
- الفرع الثاني: سلطات القاضي في إسقاط الحضانة71
- الفرع الثالث : مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة و تنظيم حق
الزيارة.....76
- أولا : قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية79

الفهرس

ثانيا : قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قابلة للتغير 79

1/ التحقيق و المعانية 80

2/ الإستعانة بالخبراء 80

3/الإستماع إلى أحد أفراد العائلة 81

الخاتمة 82

الملاحق 85

1/ توصيات ملتقى قضايا المرأة و الأسرة بين المبادئ الإسلامية و معالجات القانون الوضعي المنعقد في 11، 12، 13 من شهر أكتوبر سنة 1999 بمقر المجلس الإسلامي

الأعلى 85

2/ ميثاق أعراف الزواج لمنطقة بسكرة تحت إشراف الزاوية العثمانية بطولقة ميثاق

أعراف الزواج 90

قائمة المراجع 92